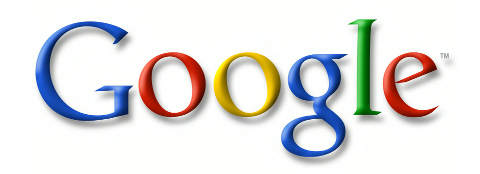





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO
ECCLESIAE
VE
RI
TAS

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

Geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Nach des Verfassers Tode fortgesetzt

von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch

Geheimen Justizrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Georg-Augustus Universität in Göttingen, Ritter des Guelphen-Ordens und des rothen Adler-Ordens dritter Klasse.

Ein und vierzigster Theil.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1840.

Vorrede.

Bei Uebernahme der Fortsetzung bestimmten mich die in der Vorrede zum fünf und dreissigsten Bande S. XI. fgg. angeführten Gründe, die ausführliche Behandlungsweise beizubehalten, welche der Urheber des Commentars besonders seit der zweiten Hälfte der von ihm herrührenden Bände befolgt hatte. Ausserdem war mein Bestreben auf möglichst vollständige Erörterung solcher Lehren gerichtet, welche, ihrer practischen Wichtigkeit ungeachtet, sich bisher noch nirgends gründlich behandelt fanden. Dazu boten mir denn auch die in der Fortsetzung abgehandelten Materien mannigfache Gelegenheit dar. Beispielsweise nenne ich, von vielen Lehren, nur: die Untersuchungen über das Verhältniß des Römischen Notherbenrechts zu dem practischen und in den Particular= und statutarischen Rechten enthaltenen, so wie zu den Erbverträgen (Bd. 38); die Erörterung der Frage, ob der Röm. Rechtssatz: ein beim Tode des Erblassers noch nicht concipirter Mensch ist nicht erbfähig,

auch noch im neueren Römischen und im heutigen Recht gelte, und welche Bedeutung er hier habe*); sodann die am Schlusse des 39. und zu Anfang des 40. Bandes abgehandelte Frage: ob und inwieferne die Stiftung einer juristischen Person durch Erbeinsetzung möglich sei? — eine Frage, welche eigentlich erst seit den Schriften über den Städel'schen Proceß eine Literatur aufzuweisen hat.

Indessen drängte sich mir bald die Ueberzeugung auf, daß bei dieser Behandlungsweise mehrere Menschenalter nicht zureichen würden, um das Werk zu beendigen, und die dadurch bei mir erregten unangenehmen Empfindungen theilte ich, wie ich wohl erfuhr, mit vielen Besitzern des Commentars. Lange sann ich darüber nach, wie es zu bewirken sei, daß ein nicht allzufernes Ende des Commentars, unbeschadet seines wesentlichen Zwecks, sich absehen lasse. Irre ich nicht, so ist dies schon dadurch

*) S. darüber Bd. 39. S. 362—423. — Die Entscheidung eines vor mehreren Jahren bei dem hiesigen Spruchcollegium zum Vortrag gekommenen interessanten Rechtsfalls (dessen öffentliche Mittheilung sehr zu wünschen ist) hieng im Wesentlichen von der obigen Frage ab. Der Referent hatte hierüber, ausser in dem Commentar, so gut wie Nichts finden können, und ich durfte mit gutem Gewissen versichern, daß diese Lehre, wie so manche andere, zu denen gehöre, welche man füglich die litteraturlosen nennen könnte.

möglich, daß man Manches vermeidet und wegläßt, was dem Werke weder zum Gewinn noch zur Zierde gereichte, viel eher die Benutzung desselben erschwerte, und somit seinen Werth verminderte.

Eine Hauptursache des langen Verweilens bei demselben Titel lag in dem häufigen Abschweifen auf Materien, die nur mittelbar mit dem eigentlich zu behandelnden Gegenstande zusammenhiengen. Hier wurden jene oftmals ihrem ganzen Umfange nach erörtert, und ihnen eine Ausführlichkeit, welche nicht einmal nöthig gewesen seyn würde, wenn sie erst an dem im System ihnen angewiesenen Orte abgehandelt worden wären, wo schon auf so vieles Vorausgehende gefußt werden konnte. Kam man dahin, so durfte doch nicht blos auf die früheren Untersuchungen verwiesen werden, und um dies nicht zu thun erfolgte dann bisweilen wohl eine ausführlichere Darstellung, als die Sache an sich selbst erfordert hätte. — Nach dem gegenwärtigen Plane nun wird sich die Erörterung der Hauptsache nach auf die Lehren beschränken, welche dem zu commentirenden Titel selbst angehören, und nur insoweit, als die Vollständigkeit es durchaus nöthig macht, eine Einmischung anderer Materien erfolgen.

Ein zweiter Grund der Gedehntheit war die allzuängstliche Berücksichtigung aller und jeder, auch der geringfügigsten, Meinungen bei dem Vortrage der Contro-

versen. Eine Beschränkung auf die bedeutenderen Ansichten, so wie auf die wichtigeren für und wider eine Meinung sprechenden Gründe, thut gewiß dem Zwecke des Commentars keinen Eintrag. Verzeihlich wird man indessen wohl eine Abweichung von diesem Grundsatz alsdann finden, wenn in neuester Zeit ein lebhafter Schriftenwechsel über einen Gegenstand Statt gefunden hat, wie z. B. jetzt über die L. ult. C. de jure deliberandi, welche in diesem Bande des Commentars mit derselben Ausführlichkeit behandelt ist, wie andere streitige Materien in den früheren Bänden. Ein Gleiches gilt von der zu Anfang dieses Bandes (S. 8. fgg.) erörterten Streitfrage: ob die Quasipupillar-Substitution auch auf das eigne Vermögen des Blödsinnigen gehe?

Auch der wörtliche Abdruck längerer Quellen-Belege beengte oftmals den Raum unnöthigerweise. In der Fortsetzung ist dies überhaupt weniger der Fall, wie in den früheren Bänden; doch läßt sich auch hierin noch eine größere Oeconomie beobachten, indem nur solche Stellen, welche eigentlich interpretirt werden, deren Worte man also bei der Lesung des Commentars vor Augen haben muß, einer buchstäblichen Aufnahme bedürfen. Einige Raumersparniß läßt sich endlich auch durch Beschränkung der früheren Citirart bewirken. —

Archiv für die civilist. Praxis z. B. und die Zeit-

schrift für Civilrecht und Proceß wird jeder Leser zu finden wissen, wenn auch nicht die Namen sämmtlicher Herausgeber angeführt sind, und wozu die Erwähnung des vollen Vornamens, auch bei den bekanntesten und fast auf jeder Seite genannten Gelehrten, eigentlich dienen soll, ist schwer zu begreifen. Hierin beobachten schon die sämmtlichen Bände der Fortsetzung eine größere Einschränkung, wie die früher erschienenen; in den beiden letzten Bänden ist auch die benutzte Ausgabe einer Schrift nur dann bezeichnet, wenn sie von früher erschienenen Ausgaben abweicht, oder das Auffinden der citirten Stelle nicht ohne Schwierigkeit ist. So ist z. B. die Ausgabe von Cujacii opera nur in dem Fall genannt, wenn die Stelle nicht ohne Zeitverlust aufgefunden werden kann.

Schon der gegenwärtige Band, zum Theil auch der vorige (von Tit. 6. Buch 28. an) können gewissermaaßen als Probe der veränderten Behandlungsweise angesehen werden. Ein zu jäher Absprung von der früheren Methode war freilich zu vermeiden; auch fügt man sich erst allmählig in das Neue. — Die zwischen den letzteren Bänden verflossenen längeren Zeiträume dürften übrigens bei Manchen einen Zweifel an der verheissenen Beendigung des Werks binnen nicht gar langer Zeit aufkommen lassen. Indessen wird bei sehr bald zu hoffender freierer Muße ein schnelleres Fortrücken möglich seyn.

Die so rasch auf einander folgenden Ausgaben meiner Pandekten, eine nöthig gewordene neue Auflage meines Proceßentwurfs, und die von mir übernommene Besorgung der neuen Ausgabe von Heineccii Antiquitates, nahmen in den letzten Jahren meine Zeit so sehr in Anspruch, daß mir nur wenige Stunden für den Commentar übrig blieben. Jetzt ist auch der Heineccius seiner Vollendung nahe, und daß ich alsdann meine ungetheilte Aufmerksamkeit einem Hauptwerke widmen kann, wird diesem hoffentlich auch in anderer Hinsicht zu Statten kommen.

Göttingen im Juli-Monat 1840.

Dr. Chr. F. Mühlenbruch.

Fortsetzung des Titels:

De vulgari et pupillari substitutione.

§. 1456.

2) Streitig ist auch, ob einem furiosus im engern Sinne, d. h. einem solchen, welcher nur periodenweis an Geistesabwesenheit leidet und seine lichten Zwischenräume zu haben pflegt [1]), exemplarisch substituirt werden können? Berücksichtigt man, daß von einem solchen Wahnsinnigen es heißt: „furiosum in suis induciis (i. e. dilucidis intervallis) ultimum condere elogium (testamentum) posse [2]), mithin consequenterweise angenommen werden muß, der Eintritt des dilucidum intervallum zerstöre eben sowohl, wie die Wiedergenesung beim bleibenden Wahnsinne, das früher errichtete väterliche Testament, — so muß man schon aus allgemeinen Gründen geneigt seyn, sich für die verneinende Beantwortung der Frage zu bestimmen. Entscheidend ist aber, daß Justinian aus-

1) Arg. L. 12. pr. in f. D. *de excusat.* (XXVII. 1.) L. 28. C. *de episcopali aud.* (I. 4.) L. 25. C. *de nupt.* (V. 4.)

2) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.)

drücklich nur von einem Descendenten spricht, welcher „mente captus — perpetuo“ sey [3]).

3) Eine durch das Gesetz ausdrücklich bestimmte Abweichung von dem Rechte der eigentlichen Pupillarsubstitution liegt darin, daß der substituirende Ascendent dem Wahnsinnigen wenigstens die legitima portio zuwenden muß. Dadurch ist denn die Frage veranlaßt: ob auch einem enterbten Wahnsinnigen substituirt werden könne? Bezweifelt wird dies von Manchen, weil nach Nov. 115 der Pflichttheil durch Erbeinsetzung zugewandt werden solle. Allein, auch davon abgesehen, daß die Novelle nur sagt: es genüge die Pflichttheilszuwendung durch Vermächtnisse nicht, sondern es müsse auch eine Einsetzung vorausgehen [4]), so ist es ja überall nicht nöthig, einem rechtmäßig enterbten den Pflichttheil zu hinterlassen. Die Vorschrift, dem Wahnsinnigen jedenfalls den Pflichttheil zuzuwenden, ist daher als etwas Besonderes, für sich Bestehendes, ganz unabhängig von den Bestimmungen der Nov. 115 zu erklären, und es fragt sich nur: ob und in wiefern überhaupt die Enterbung eines Wahnsinnigen möglich sey? Als exheredatio bona mente nun ist sie ganz unbedenklich; da indessen das Vorhandenseyn einer Enterbungsursache zu einer rechtmäßigen Ausschließung des Notherben genügt, wenn nicht vor errichtetem Testamente eine Versöhnung eingetreten, oder sonst der Enterbungsgrund ganz weggefallen ist [5]), so darf wenigstens der rechtlichen Consequenz nach dem Erblasser die Befugniß

3) L. 9. C. h. t. — S. Höpfner Comment. §. 511. — Vrgl. auch Bd. 40. des Comment. S. 479.

4) S. Bd. 35. d. Comment. S. 317 fg.

5) S. Bd. 37. d. Comment. S. 185 fg.

nicht abgesprochen werden, eine vor dem Eintritt des Wahnsinns verschuldete Enterbungsursache geltend zu machen. Aus diesen Gründen wird daher die aufgeworfene Frage von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten bejahend beantwortet[6].

4) Die früher kaum bestrittene und auch sehr wohl begründete Ansicht: daß der Substituirende sich selber ein (eigentliches) Testament errichten müsse[7], hat in neuerer Zeit ebenfalls Widerspruch erfahren[8]. Allein a) daß diese Substitution eine Erweiterung der Pupillarsubstitution und nach der Analogie derselben eingeführt sey, darauf weist nicht nur der geschichtliche Zusammenhang hin[9], sondern es wird ja auch ausdrücklich in dem Gesetze Justinians, so wie in dem Auszuge, welchen die Institutionen geben, jene Analogie hervorgehoben. Allerdings ist dies Recht

6) Vergl. Cujacius l. l. (opp. T. IV. p. 1058.) Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 7. Stryk cautel. testam. C. XVIII, membr. III. §. 15. Höpfner Comment. §. 510. Not. 5. u. die von demselben zahlreich angeführten Schriftsteller, welche die nämliche oder die entgegengesetzte Meinung vertheidigen. Zu den Letzteren gehört übrigens auch *H.* Donellus comment. ad h. l. Nr. 7.

7) S. Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 5. Lauterbach colleg. theor. pract. h. t. §. 43. Höpfner Comment. §. 510.

8) v. Löhr im Archiv für civilist. Pr. Bd. V. S. 112 fg. — In der neuesten Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 465. (§. 92.) wird dasselbe angenommen.

9) Freilich muß man nach gleicher Analogie auch zugeben, daß der Ascendent sich in einem voraufgehenden Testamente einen Erben ernennen, und demnächst ein Testament für das wahnsinnige Kind errichten dürfe. Doch gilt ja die zweite Verfügung für eine in des Vaters Testament enthaltene.

im Einzelnen anders bestimmt, als nach der Analogie der Pupillarsubstitution angenommen werden dürfte. Sind wir aber darum berechtigt, diese Analogie ganz wegzuläugnen? b) Auch daß der Ausdruck substituere hier gebraucht wird (liceat — quos voluerint his *substituere*), beweist, daß der Gesetzgeber hier an eine in dem Testamente des Ascendenten enthaltene Verfügung dachte [10]. Und wenngleich c) die Bestimmung, dem Wahnsinnigen müsse der Pflichttheil hinterlassen werden, den Schluß nicht rechtfertigt, daß derselbe auch zum Erben einzusetzen sey, so unterstützt sie doch die Annahme, der Gesetzgeber habe ein Testament des Substituirenden als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt, nicht aber nur die Möglichkeit vor Augen gehabt, daß über den Pflichttheil auch allenfalls in Intestatcodizillen Verfügungen getroffen werden können.

5) Der Kaiser schreibt vor: wenn der Wahnsinnige Descendenten (Kinder oder Enkel) habe, die geistig gesund seyen, so sollen diese, oder doch wenigstens einer derselben substituirt werden („non liceat parenti alios, quam ex eo descendentes, unum, vel certos, vel omnes substituere“). Habe der Wahnsinnige keine Descendenz, der Testirer aber geistig gesunde Kinder (liberi), so seyen die Geschwister (fratres) des Wahnsinnigen, oder doch Einer derselben zu substituiren. — Auch diese Vorschrift hat zu mancherlei Streitigkeiten Veranlassung gegeben. Erstlich ist behauptet worden, daß den nicht substituirten Kindern des Wahnsinnigen jedenfalls der Pflichttheil zuzuwenden sey [11]; die älteren Schriftsteller stützen sich

10) Vergl. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 653. Nr. 8.

11) Daß Alle eigentlich zu substituiren, d. h. wenigstens in den Pflichttheil einzusetzen seyen, wie schon Stryk (synt. jur.

hierbei nur auf das natürliche Rechts- und Billigkeitsgefühl — humanitas [12]); wogegen ein neuerer Schriftsteller diese Ansicht als eine rechtlich nothwendige darzustellen bemüht ist. Justinians Verordnung werde aus einem falschen Gesichtspuncte aufgefaßt, wenn man den Gesichtspuncte des Notherbenrechts darauf übertrage. Dies ergebe sich schon daraus, daß auch die Erbeinsetzung der Geschwister vorgeschrieben sey, welche doch nur zum Theil und zwar ein sehr bedingtes Notherbenrecht hätten. Der Kaiser habe eigentlich nur dem Substitutionsrechte der Ascendenten gewisse Schranken durch die Vorschrift setzen wollen, daß wenn anderweitige Descendenz da sey, ein Fremder nicht substituirt werden dürfe; mithin habe er nicht daran gedacht, dadurch den übrigen Kindern des Blödsinnigen ihr Pflichttheilsrecht entziehen zu wollen. Ein so exorbitantes Recht hätte ausdrücklich angeordnet werden müssen; auch folge daraus, daß das Recht zur Querel ausdrücklich für den Fall ausgeschlossen worden, wenn eine sonstige Descendenz nicht vorhanden sey, — das Gegentheil alsdann, wenn sich solche Nachkommenschaft finde. Für das neueste Recht aber gehe hieraus hervor, daß die Descendenten des Blödsinnigen als Er-

civ. Exerc. XXXIII. th. 34.) behauptet, wird von anderen älteren Schriftstellern (s. die in der folgenden Note anzuführenden) unbedingt verworfen.

12) Stryk us. med. Pand. h. t. §. 11. — In der caut. testam. c. XVIII. membr. III. §. 18. erklärt er dies zwar für billig, indessen unter der Bemerkung: er sehe nicht ein, wie es sich mit Justinians Verordnung vereinigen lasse. Eine gleiche Ansicht hat auch Lauterbach coll. theor. pract. h. t. §. 44, indem er bezeugt, daß die billige Meinung in dem Würtemb. Rechte angenommen sey.

Die so rasch auf einander folgenden Ausgaben meiner Pandekten, eine nöthig gewordene neue Auflage meines Proceßentwurfs, und die von mir übernommene Besorgung der neuen Ausgabe von Heineccii Antiquitates, nahmen in den letzten Jahren meine Zeit so sehr in Anspruch, daß mir nur wenige Stunden für den Commentar übrig blieben. Jetzt ist auch der Heineccius seiner Vollendung nahe, und daß ich alsdann meine ungetheilte Aufmerksamkeit einem Hauptwerke widmen kann, wird diesem hoffentlich auch in anderer Hinsicht zu Statten kommen.

Göttingen im Juli=Monat 1840.

Dr. Chr. F. Mühlenbruch.

Fortsetzung des Titels:

De vulgari et pupillari substitutione.

§. 1456.

2) Streitig ist auch, ob einem furiosus im engern Sinne, d. h. einem solchen, welcher nur Periodenweis an Geistesabwesenheit leidet und seine lichten Zwischenräume zu haben pflegt [1]), exemplarisch substituirt werden können? Berücksichtigt man, daß von einem solchen Wahnsinnigen es heißt: „furiosum in suis induciis (i. e. dilucidis intervallis) ultimum condere elogium (testamentum) posse [2]), mithin consequenterweise angenommen werden muß, der Eintritt des dilucidum intervallum zerstöre eben sowohl, wie die Wiedergenesung beim bleibenden Wahnsinne, das früher errichtete väterliche Testament, — so muß man schon aus allgemeinen Gründen geneigt seyn, sich für die verneinende Beantwortung der Frage zu bestimmen. Entscheidend ist aber, daß Justinian aus-

1) Arg. L. 12. pr. in f. D. *de excusat.* (XXVII. 1.) L. 28. C. *de episcopali aud.* (I. 4.) L. 25. C. *de nupt.* (V. 4.)

2) L. 9. C. *qui test. fac. poss.* (VI. 22.)

drücklich nur von einem Descendenten spricht, welcher „mente captus — perpetuo“ sey[3]).

3) Eine durch das Gesetz ausdrücklich bestimmte Abweichung von dem Rechte der eigentlichen Pupillarsubstitution liegt darin, daß der substituirende Ascendent dem Wahnsinnigen wenigstens die legitima portio zuwenden muß. Dadurch ist denn die Frage veranlaßt: ob auch einem enterbten Wahnsinnigen substituirt werden könne? Bezweifelt wird dies von Manchen, weil nach Nov. 115 der Pflichttheil durch Erbeinsetzung zugewandt werden solle. Allein, auch davon abgesehen, daß die Novelle nur sagt: es genüge die Pflichttheilszuwendung durch Vermächtnisse nicht, sondern es müsse auch eine Einsetzung vorausgehen[4]), so ist es ja überall nicht nöthig, einem rechtmäßig enterbten den Pflichttheil zu hinterlassen. Die Vorschrift, dem Wahnsinnigen jedenfalls den Pflichttheil zuzuwenden, ist daher als etwas Besonderes, für sich Bestehendes, ganz unabhängig von den Bestimmungen der Nov. 115 zu erklären, und es fragt sich nur: ob und in wiefern überhaupt die Enterbung eines Wahnsinnigen möglich sey? Als exheredatio bona mente nun ist sie ganz unbedenklich; da indessen das Vorhandenseyn einer Enterbungsache zu einer rechtmäßigen Ausschließung des Notherben genügt, wenn nicht vor errichtetem Testamente eine Versöhnung eingetreten, oder sonst der Enterbungsgrund ganz weggefallen ist[5]), so darf wenigstens der rechtlichen Consequenz nach dem Erblasser die Befugniß

3) L. 9. C. h. t. — S. Höpfner Comment. §. 511. — Vrgl. auch Bd. 40. des Comment. S. 479.

4) S. Bd. 35. d. Comment. S. 317 fg.

5) S. Bd. 37. d. Comment. S. 185 fg.

nicht abgesprochen werden, eine vor dem Eintritt des Wahnsinns verschuldete Enterbungsursache geltend zu machen. Aus diesen Gründen wird daher die aufgeworfene Frage von der Mehrzahl der Rechtsgelehrten bejahend beantwortet[6].

4) Die früher kaum bestrittene und auch sehr wohl begründete Ansicht: daß der Substituirende sich selber ein (eigentliches) Testament errichten müsse[7], hat in neuerer Zeit ebenfalls Widerspruch erfahren[8]. Allein a) daß diese Substitution eine Erweiterung der Pupillarsubstitution und nach der Analogie derselben eingeführt sey, darauf weist nicht nur der geschichtliche Zusammenhang hin[9], sondern es wird ja auch ausdrücklich in dem Gesetze Justinians, so wie in dem Auszuge, welchen die Institutionen geben, jene Analogie hervorgehoben. Allerdings ist dies Recht

6) Vergl. Cujacius l. l. (opp. T. IV. p. 1058.) Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 7. Stryk cautel. testam. C. XVIII, membr. III. §. 15. Höpfner Comment. §. 510. Not. 5. u. die von demselben zahlreich angeführten Schriftsteller, welche die nämliche oder die entgegengesetzte Meinung vertheidigen. Zu den Letzteren gehört übrigens auch *H.* Donellus comment. ad h. l. Nr. 7.

7) S. Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 5. Lauterbach colleg. theor. pract. h. t. §. 43. Höpfner Comment. §. 510.

8) v. Löhr im Archiv für civilist. Pr. Bd. V. S. 112 fg. — In der neuesten Ausg. des Wening'schen Lehrb. §. 465. (§. 92.) wird dasselbe angenommen.

9) Freilich muß man nach gleicher Analogie auch zugeben, daß der Ascendent sich in einem voraufgehenden Testamente einen Erben ernennen, und demnächst ein Testament für das wahnsinnige Kind errichten dürfe. Doch gilt ja die zweite Verfügung für eine in des Vaters Testament enthaltene.

im Einzelnen anders bestimmt, als nach der Analogie der Pupillarsubstitution angenommen werden dürfte. Sind wir aber darum berechtigt, diese Analogie ganz wegzuläugnen? b) Auch daß der Ausdruck substituere hier gebraucht wird (liceat — quos voluerint his *substituere*), beweist, daß der Gesetzgeber hier an eine in dem Testamente des Ascendenten enthaltene Verfügung dachte [10]. Und wenngleich c) die Bestimmung, dem Wahnsinnigen müsse der Pflichttheil hinterlassen werden, den Schluß nicht rechtfertigt, daß derselbe auch zum Erben einzusetzen sey, so unterstützt sie doch die Annahme, der Gesetzgeber habe ein Testament des Substituirenden als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt, nicht aber nur die Möglichkeit vor Augen gehabt, daß über den Pflichttheil auch allenfalls in Intestatcodizillen Verfügungen getroffen werden können.

5) Der Kaiser schreibt vor: wenn der Wahnsinnige Descendenten (Kinder oder Enkel) habe, die geistig gesund seyen, so sollen diese, oder doch wenigstens einer derselben substituirt werden („non liceat parenti alios, quam ex eo descendentes, unum, vel certos, vel omnes substituere"). Habe der Wahnsinnige keine Descendenz, der Testirer aber geistig gesunde Kinder (liberi), so seyen die Geschwister (fratres) des Wahnsinnigen, oder doch Einer derselben zu substituiren. — Auch diese Vorschrift hat zu mancherlei Streitigkeiten Veranlassung gegeben. Erstlich ist behauptet worden, daß den nicht substituirten Kindern des Wahnsinnigen jedenfalls der Pflichttheil zuzuwenden sey [11]; die älteren Schriftsteller stützen sich

10) Vergl. Braun Erörterungen zu Thibaut S. 653. Nr. 8.

11) Daß Alle eigentlich zu substituiren, d. h. wenigstens in den Pflichttheil einzusetzen seyen, wie schon Stryk (synt. jur.

hierbei nur auf das natürliche Rechts- und Billigkeitsgefühl — humanitas [12]); wogegen ein neuerer Schriftsteller diese Ansicht als eine rechtlich nothwendige darzustellen bemüht ist. Justinians Verordnung werde aus einem falschen Gesichtspuncte aufgefaßt, wenn man den Gesichtspuncte des Notherbenrechts darauf übertrage. Dies ergebe sich schon daraus, daß auch die Erbeinsetzung der Geschwister vorgeschrieben sey, welche doch nur zum Theil und zwar ein sehr bedingtes Notherbenrecht hätten. Der Kaiser habe eigentlich nur dem Substitutionsrechte der Ascendenten gewisse Schranken durch die Vorschrift setzen wollen, daß wenn anderweitige Descendenz da sey, ein Fremder nicht substituirt werden dürfe; mithin habe er nicht daran gedacht, dadurch den übrigen Kindern des Blödsinnigen ihr Pflichttheilsrecht entziehen zu wollen. Ein so exorbitantes Recht hätte ausdrücklich angeordnet werden müssen; auch folge daraus, daß das Recht zur Querel ausdrücklich für den Fall ausgeschlossen worden, wenn eine sonstige Descendenz nicht vorhanden sey, — das Gegentheil alsdann, wenn sich solche Nachkommenschaft finde. Für das neueste Recht aber gehe hieraus hervor, daß die Descendenten des Blödsinnigen als Er-

civ. Exerc. XXXIII. th. 34.) behauptet, wird von anderen älteren Schriftstellern (s. die in der folgenden Note anzuführenden) unbedingt verworfen.

12) Stryk us. med. Pand. h. t. §. 11. — In der caut. testam. c. XVIII. membr. III. §. 18. erklärt er dies zwar für billig, indessen unter der Bemerkung: er sehe nicht ein, wie es sich mit Justinians Verordnung vereinigen lasse. Eine gleiche Ansicht hat auch Lauterbach coll. theor. pract. h. t. §. 44, indem er bezeugt, daß die billige Meinung in dem Würtemb. Rechte angenommen sey.

den bedacht werden müßten, da nach Nov. 115 Einsetzung der Descendenten zur Form eines älterlichen Testaments nothwendig sey [13]. — Wenn man indessen auch dem Rechtlichkeitsgefühl der älteren Praktiker, welche, lediglich auf Billigkeit fußend, allen Kindern des Blödsinnigen ein Pflichttheilsrecht zugestehen, seinen Beifall nicht versagen darf, so möchte doch aus rein juristischen Gründen das Gegentheil richtiger seyn. Justinian sagt: der nämliche Grund, welcher das Aufkommen der Pupillarsubstitution veranlaßte, nämlich die Unfähigkeit der Unmündigen zur Testamentshandlung, habe ihn zu der Verordnung bestimmt, daß Ascendenten ihren Blödsinnigen Descendenten einen Erben ernennen dürften [14]. Hätte er nun keine besonderen Bedingungen für diese Substitution angeordnet, so würde man vielleicht sagen können, es verstehe sich von selbst, daß durch ein solches Testament kein Notherbenrecht verletzt werden dürfe, wenn gleich dagegen immer noch anzuführen seyn möchte, daß die nämlichen Gründe, welche die Uebergehung der Notherben bei der Pupillarsubstitution rechtfertigen, auch hier vollkommen eben so gut passen. Allein der Kaiser begnügt sich damit nicht; er schreibt als Bedingung der Giltigkeit dieser Substitution vor: es dürfe kein Fremder eingesetzt werden, wenn der Wahnsinnige geistig gesunde Descendenten oder Geschwister habe, in welchem Falle es indessen genüge, wenn eines derselben eingesetzt werde.

13) Francke Notherbenrecht, §. 36. S. 466—470. — Aus anderen Gründen vertheidigte schon Voet (ad in h. t. Pand. §. 31.) dasselbe Resultat.

14) §. 1. J. *h. t.* „*Qua ratione excitati* constitutionem posuimus u. s. w.

Hatte er wirklich die Absicht, auch den Uebrigen ihr Notherbenrecht zu sichern, so lag es doch wohl nahe genug zu sagen: einen muß er einsetzen, den Uebrigen aber den ihnen gebührenden Pflichttheil zuwenden. Es lag ihm dies um so näher, als die Verbindlichkeit, dem Wahnsinnigen selbst den Pflichttheil zu hinterlassen in dem Gesetze ausgesprochen ist. Sein Stillschweigen hierüber beweist doch wohl deutlich genug, daß ein Mehreres von dem Gesetzgeber nicht verlangt wird. Allein es kommt noch hinzu, daß gerade hierbey auf die Analogie der Pupillarsubstitution hingewiesen und erklärt wird, das Notherbenrecht werde durch diese Substitution ebenfalls ausgeschlossen: „*ut* occasione huiusmodi substitutionis *ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur*“[15]. — Gesetzt aber, es wäre die Zuwendung des Pflichttheils an die Uebrigen ausdrücklich vorgeschrieben, so würde man immer zu weit gehen, wollte man die Bestimmung der Nov.: alle Descendenten sollen gehörig eingesetzt werden, hierauf anwenden; denn die L. 9. C. cit. ist als lex specialis zu betrachten, welche durch eine, wenngleich spätere lex generalis nicht anders aufgehoben werden kann, als wenn dies ausdrücklich bestimmt ist, oder mit logischer Nothwendigkeit folgt[16a]). Beides aber läßt sich hier nicht behaupten. Uebrigens

15) Siehe *G. L.* Madihn comm. cit. und Ferd. Fuhr in seinen und Hoffmann's civilist. Versuchen Nr. VI. S. 86 — 89.

16a) Vergl. mein Lehrb. des Pand.R. Bd. I. §. 52. Note 7. u. die das. angef. Abh. von Thibaut, über die Anwendung dieser Regel auf den vorliegenden Fall aber Fuhr a. a. O. S. 90 fg.

würde die Consequenz erfordern, könnte man die entgegenstehende Absicht überhaupt für begründet erachten, nicht blos den Descendenten des Notherben, sondern auch den übrigen Pflichttheilsberechtigten, also der Mutter und bedingungsweise auch den Geschwistern, ein gleiches Recht zuzugestehen.

Zweitens hat man die Meinung aufgestellt, daß nicht blos Geschwiester, sondern auch Geschwisterkinder des Blödsinnigen ein eventuelles Recht auf die Substitution hätten; als Grund dafür wird angeführt: es sey den liberi des Testirers dies Recht gegeben, darunter seyen aber alle Descendenten zuverstehen, weshalb denn der Ausdruck *fratres* hiernach ebenfalls erweitert, also auch auf Geschwisterkinder bezogen werden müsse[16b]. Da indessen unter liberi so sehr häufig nur die Kinder, oder Descendenten ersten Grades, unter fratres aber in der Regel nur Geschwister verstanden werden, so liegt es gewiß viel näher zu sagen, daß durch diese Bestimmung ad *fratres* eorum — — fieri substitutionem oportet erklärt werde, der Gesetzgeber habe bei den liberi testatoris nur an Kinder des ersten Grades gedacht[17]).

6) Eine andere Streitfrage ist: ob die Substitution auch auf das eigene Vermögen des Blödsinnigen gehe, oder blos auf das von dem substituirenden Ascendenten demselben zugewandte? Früher war die Sache kaum

16b) Francke a. a. O. S. 468. Note 29.

17) Nicht begründeter ist die Meinung, welche Madihn I. I. vertheidigt, daß auch Halbgeschwister des Wahnsinnigen, wenn sie gleich nur Stiefkinder des Testirers seyen, das Substitutionsrecht in Anspruch zu nehmen hätten. S. dagegen A. F. Schott unpart. Kritik über die neuesten jurist. Schriften. St. 63. (Leipz. 1775.) S. 231.

Gegenstand eines Zweifels[18]); man hielt sich auch in dieser Hinsicht an die Analogie der Pupillarsubstitution, und fragte meistens nur: an wen das eigne Vermögen des Descendenten komme, wenn ihm von mehreren Ascendenten ein Erbe ernannt ist[19]); (was den Gegenstand der folgenden Frage bildet). In neuerer Zeit dagegen findet die Meinung manchen Vertheidiger, daß Gegenstand der Substitution überhaupt nur das von dem Substituenten herrührende Vermögen seyn könne. Unterholzner[20]) beruft sich dafür hauptsächlich auf folgende Gründe: a) es trete hier der Grund nicht ein, welcher bei der Pupillarsubstitution die Befugniß des Substituenten, auch über das eigne Vermögen des Kindes zu verfügen, erkläre und rechtfertige, — nämlich die Erstreckung des Erwerbsrechts Kraft väterlicher Gewalt noch über den Tod des Vaters hinaus; auch biete sich die sonderbare Erscheinung dar (welche bei der P.S. unmöglich sey), daß Jemand aus mehreren Testamenten und noch dazu aus den Testamenten verschiedener Personen beerbt werde. — b) Da die exemplarische Substitution

18) Zu den sehr wenigen älteren Schriftstellern, die das Gegentheil behaupten, gehört *Raph.* Fulgosius (comment. in Justin. Cod. ad h. l. Nr. 5.), wo es heißt: „censeo istam (subst.) similem militari, ut per substitutionem fiat heres substituentis" u. s. w. — Andere, die man wohl als Vertheidiger der nämlichen Meinung anführt, erkennen die theoretische Richtigkeit der gemeinen Meinung an, und sagen nur, daß die Praxis oder die Gesetze ihres Landes abweichen, z. B. Voet ad h. t. §. 33.

19) S. z. B. Lauterbach coll. th. pr. h. t. §. 39. Struve synt. j. c. Th. XXXIV. §. 35.

20) Archiv für civilist. Pr. Bd. II. Abh. V.

von mehreren Ascendenten ausgeübt werden könne, so entstünden für den Fall, wenn dies geschehen sey, Schwierigkeiten in Beziehung auf die Frage, welche sich nach juristischen Begriffen gar nicht lösen ließen: wessen Substitut das eigne Vermögen des Blödsinnigen erhalte? Denn, welchen der verschiedenen hiefür vorgeschlagenen Auswege man auch einschlagen möge, nie werde man dem Vorwurfe der Willkührlichkeit entgehen können. Schon darum sey die Analogie der Pupillarsubstitution hier nicht passend und anwendbar, indem niemals Mehrere in den Fall kommen können, das Recht hiezu auszuüben. — c) Daß dem Ascendenten, welcher auch seinem blödsinnigen Descendenten den Pflichttheil nicht entziehen dürfe, gestattet werde, über das von ihm herrührende Vermögen auf den Fall der Fortdauer des Wahnsinnes so zu verfügen, als ob der Wahnsinnige überall nicht existire, dies sey der Billigkeit gemäß, nicht aber die Befugniß, über ein schlechthin fremdes Vermögen einen rechtsgiltigen letzten Willen zu entrichten. — d) Darin, daß dem Substituirenden blos eine Berücksichtigung solcher Personen zur Pflicht gemacht ist, die zu ihm in dem Verhältnisse von Notherben stehen, liege eine stillschweigende Voraussetzung, daß die ganze substitutio nur auf das von ihm herrührende Vermögen gehe [21]). — e) Durch die entgegengesetzte Theorie kämen nicht blos Unbilligkeiten, sondern auch Seltsamkeiten zum Vorschein, indem hiernach Jemand, der selber hätte substituiren können (wie

21) Was in Beziehung auf diesen Grund sonst noch von Unterholzner gesagt wird (a. a. O. S. 62 fg. Nr. 2), reduzirt sich wieder darauf: es sey nicht billig, daß ein Dritter durch seine Verfügung die Intestaterben eines Menschen von dessen Vermögen ausschließen dürfe.

z. B. eine Großmutter) als Intestaterbe von dem Vermögen des Blödsinnigen ausgeschlossen werden dürfe. — Endlich f) komme ja etwas ganz ähnliches — daß nämlich eine Substitution nur wirksam sey in Ansehung des von dem Testirer selber herrührenden Vermögens, im Uebrigen aber Intestaterbfolge eintrete — auch bei der s. g. militaris substitutio vor, wenn z. B. ein Soldat seinem Kinde über die Jahre der Mündigkeit hinaus einen Substituten ernenne. — Ferner wird die von den Vertheidigern der herkömmlichen Ansicht in Bezug genommene Analogie der Pupillarsubstitution noch durch die Bemerkung zurückgewiesen: das Gesetz spreche keineswegs eine Gleichstellung beider Substitutionen aus, sondern sage nur, es solle blos dieser Substitution wegen eben so wenig die quer. inoff. test. Statt finden, als diese wegen einer pupillaris substitutio Statt finden könne; die Institutionenstelle lasse sich zwar eher noch für eine solche Gleichstellung anführen, indessen sage ja auch sie nicht, daß die neu eingeführte Substitution mit der pupillarischen gleiche Wirkungen haben soll, und überdies müsse sie aus der Coderstelle, deren Inhalt sie doch nur referiren wolle, erklärt werden. — Dieser Ansicht trat v. Löhr bei[22]), ohne sie auf neue Gründe zu stützen[23]), beharrte auch bei derselben[24]), ungeachtet Thibaut mit

22) Archiv für civilist. Pr. Bd. V. S. 114.

23) Denn dafür wird man die Behauptung: es enthalte die Verordnung Justinians nichts, was die gewöhnliche Meinung unterstützte, vielmehr scheine der Zusammenhang, so wie das Stillschweigen über unsere Frage für das Gegentheil zu sprechen, — schwerlich gelten lassen dürfen.

24) Archiv Bd. IX. S. 103—109.

gewichtigen Gründen ihr entgegengetreten war[25]). Auch Thibaut vertheidigte die gemeine Meinung aufs Neue[26]), und Francke nahm sich ebenfalls derselben an[27]). Allein auch die Unterholzner-Löhr'sche Ansicht fand ihre Anhänger[28]), und Puchta führt die entgegenstehende geradezu als Beispiel irrthümlicher Usualinterpretation an, zur Erörterung seiner Ansicht über den Grund des Gewohnheitsrechts[29]).

25) Archiv Bd. V. S. 339—344.

26) Archiv Bd. X. Abh. X.

27) Notherbenrecht S. 463—465.

28) Ihr stimmen namentlich bei der Rec. der Löhr'schen Abh. im Archiv f. civ. Pr. (G. F. Puchta) in den Schunck'schen Jahrb. Bd. V. S. 385—387. u. Fuhr, in den angef. civilist. Vers. S. 84—86.

29) Das Gewohnheitsrecht, zweiter Theil. S. 68 — 70. — Wenn sich übrigens hier bemerkt findet, daß ein irrthümlicher Rechtssatz „nachher in die gemeinsame Ueberzeugung aufgenommen werde, und dadurch entstehe" (S. 68.), ferner, daß die (vermeintlich) falsche Usualinterpretation der L. 9. C. cit. „allmählig eine gemeinsame Ueberzeugung unter den Rechtskundigen geworden sey" (S. 69.), sodann, „daß jener Irrthum eine Veranlassung derselben (der gemeinsamen Ueberzeugung) geworden" (ebend.): so ist schwer zu begreifen, wie damit die Theorie des Verf. zu vereinigen sey: durch Handlungen nach einer gewissen Norm werde nie ein Gewohnheitsrecht begründet, sondern dieselben enthielten nur den Ausdruck einer bereits vorhandenen gemeinsamen Ueberzeugung, oder (wie es in Beziehung auf unsere Frage heißt), Irrthum sey nicht die eigentliche Quelle jener Ueberzeugung, es habe vielmehr der Satz über die Wirkung der Quasipupillarsubstitution in dem Rechtsgefühl der Kundigen, wonach derselbe als den übrigen Bestimmungen unseres Rechts conform erschien, sei-

Bei dem letzteren Schriftsteller findet sich noch ein ganz neuer Grund für diese Meinung, und davon mag

nen Grund, und der Irrthum sey nur das Mittel geworden, ihn in Wirkung zu setzen (ebendas. S. 69. 70.). Wer sich aber auch mit dieser Ansicht zu befreunden vermag, dem muß es doch räthselhaft bleiben, wie hiernach gesagt werden dürfe: der durch Irrthum veranlaßte Rechtsact könne nicht zum Beweise der Existenz des G. R. benutzt werden; denn damals habe der Rechtssatz, den der Handelnde voraussetzte, noch nicht bestanden (S. 67 fg.). Soll das Handeln nach einer gewissen Norm ein Zeugniß enthalten für das Daseyn der gemeinsamen Ueberzeugung, oder aus dem „Rechtsgefühl der Kundigen" hervorgegangen seyn, so muß der erste Rechtsact so viel gelten, als jeder folgende; giebt man dies nicht zu, so muß man bekennen, daß sich die gemeinsame Ueberzeugung erst allmählig bilde, — also durch öfteres Handeln nach derselben Norm entstehe. Und wenngleich gerne zugegeben werden mag, daß nicht wenige Rechtssätze, die man, da sie nicht vorgeschrieben sind, zum Gewohnheitsrechte zu zählen pflegt, nicht erst durch ein Handeln nach denselben entstanden, sondern aus einer von jeher vorhandenen rechtlichen Ueberzeugung hervorgegangen sind, so dürfte doch gerade die Puchta'sche Deduction über den Einfluß des Irrthums auf die Existenz eines G. Rechts, worin nur die Ausdrücke: Bildung, oder Entstehung eines G. R. durch Handlungen, und ähnliche bestimmt lautende nach Möglichkeit vermieden sind, beweisen, daß die gewöhnliche Ansicht auf einem guten Rechtsboden beruht. — **L. 39. D.** *de legib.* („**quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet**"), wird nimmer befriedigend erklärt werden können, wenn man (wie auch von P. geschieht) den Ausdruck **error** buchstäblich, und nicht vielmehr (mit dem Scholiasten der Basiliken) für Unvernunft, Unrecht (Verkehrtheit) nimmt. Durch ersteres kommt

denn hier gleich die Rede seyn: die Intention des Kaisers sey nicht sowohl (oder doch nicht vorzugsweise) auf eine Erweiterung der Substitutionsbefugniß, sondern vornämlich auf eine Beschränkung der Befugnisse in Beziehung theils auf die Dauer der Substitution, theils auf die Wahl des Substituten gegangen. — Hiernach würde denn also der Kaiser gesagt haben: Wer seinem wahnsinnigen Descendenten substituiren will, der soll dies zwar thun dürfen, ohne erst vorher ein kaiserliches Rescript darüber zu impetriren, allein nicht mehr so frey, wie er das früher konnte u. s. w. — Dies läßt sich allerdings auch als ausgesprochen in der Constitution betrachten; indessen darauf kommt es nicht an, sondern es fragt sich: ist dies der alleinige Inhalt des Gesetzes? sodann: beabsichtigte der Gesetzgeber vorzugsweise eine Erweiterung oder eine Beschränkung des bisher bestandenen Rechts? Nun deutet aber der Ausdruck des Gesetzgebers keinesweges, wie Puchta annimmt, auf eine Absicht hin, das bisherige Recht beschränken zu wollen, sondern als Hauptzweck stellt sich hiernach ganz offenbar eine Erweiterung desselben heraus. Der Kaiser beginnt damit, daß er sagt: humanitatis intuitu *indulgemus* parentibus u. s. w. Die Erweiterung des früheren Rechts, oder die Ertheilung einer bisher nicht bestandenen Befugniß für die Eltern, wird also an die Spitze gestellt, und demnächst nur bestimmt, unter welchen Bedingungen die neue Befugniß geübt werden soll. Es erscheint mithin sehr will-

man mit jeder Theorie über die Begründung des G.R. in Wiederspruch, mag man den Irrthum als Quelle oder Veranlassung einer gemeinsamen Ueberzeugung, oder mag man als das Mittel betrachten, einen Rechtssatz in Wirkung zu setzen.

führlich, gerade diese Bedingungen oder Beschränkungen als den hauptsächlichen Inhalt des Gesetzes anzusehen, und daraus weiter zu argumentiren. Eine andere Aeußerung Puchta's: es habe etwas in dem Rechtsgefühl der Kundigen des Volks gelegen, was den Satz: der Substitut erhalte die ganze Hinterlassenschaft des Wahnsinnigen, — als den übrigen Bestimmungen unseres Rechts conform, als die Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses erscheinen ließ[30]), wird gewiß jeder Vertheidiger der gemeinen Meinung gerne unterschreiben. Irrthümliche Rechtsansichten sind wohl öfter durch die Autorität Einzelner, von denen sie ausgiengen, in die Praxis eingedrungen. Daß aber das Resultat gemeinsamer Ueberzeugung aller Rechtskundigen einer Zeit auf einem Irrthume beruhe, daß etwas als Befriedigung eines rechtlichen Bedürfnisses ihnen erscheinen konnte, was dennoch auf innere Wahrheit durchaus keinen Anspruch machen darf[31]), — dies ist doch wohl so lange zu bezweifeln, bis dafür die überzeugendsten Gründe beigebracht werden. Die Vermuthung spricht dafür, daß eine solche Conformität der Ansichten auch auf gutem Grunde beruhe, zumal die Juristen, durch welche die herrschenden Ansichten entstanden, meistens von einem richtigen Tact geleitet wurden, wie Jeder bezeugen wird, welcher nach langjährigen Forschungen frühere eigenthümliche Meinungen aufgab und aus Ueberzeugung zu den alten Theorien zurückkehrte; und Solcher möchte es auch unter den Jetztlebenden nicht gar Wenige geben. — Billiger fragen wir daher nach den Gründen, wodurch die so zuversichtlich ausgesprochenen

30) Gewohnheitsrecht a. a. O. S. 70.

31) Puchta a. a. O. S. 71.

Behauptungen irrthümlicher Interpretation, innerer Unmöglichkeit der gemeinen Meinung, und wie sonst die Prädikate lauten, gerechtfertigt werden soll.

Beide Theile berufen sich auf den Ausdruck und den Zusammenhang der in Justinian's Verordnung enthaltenen Bestimmungen. Wir werden sehen, mit welchem Recht dies von den Gegnern der hier verfochtenen Ansicht geschieht. — Der Kaiser sagt: **liceat — — parentibus — — quos voluerint *substituere*: ut occasione hujusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, querela nulla contra testamentum eorum oriatur."** Lassen wir für jetzt noch den Ausdruck substituere unberücksichtigt, und erwägen nur die folgenden Worte. Außer allem Zweifel haben diese den Sinn: es solle gegen eine solche Substitution eben so wenig, wie gegen die Pupillarsubstitution die querela i. t. von Seiten der Notherben des Blödsinnigen zuläßig seyn. Darauf erwiedern die Gegner: es sey ja doch immer schon dadurch ein außerordentliches Recht den substituirenden Ascendenten eingeräumt, daß sie in Ansehung des von ihnen herrührenden Vermögenstheils die Intestaterben des Wahnsinnigen ganz, d. h. auch in Beziehung auf den diesem gebührenden Pflichttheil ausschließen könnten. Ob man dies überhaupt ein so außerordentliches Recht nennen könne? wird sich weiter unten zeigen. Für jetzt fragen wir nur: ist denn diese Beschränkung eines allgemein ausgesprochenen Satzes natürlich? und: kann überhaupt ein bloß mögliches Resultat dem vorgezogen werden, was sich ganz ungesucht aus den Worten ergiebt? Die Gegner sagen: es werde ja diese Substitution keineswegs der pupillarischen ganz gleichgestellt, sondern nur in einzelnen Beziehungen mit derselben verglichen. Wir wollen auch

dies zugeben, wie denn allerdings eine völlige Gleichstellung beider Substitutionen nicht beabsichtigt ist und auch nicht beabsichtigt werden konnte. Allein nichtsdestoweniger muß man doch diejenigen Bestimmungen, welche eine Gleichstellung in besonderen Punkten aussprechen, in dem Sinne und dem vollen Umfange verstehen, welcher ihnen nach dem Wortverstande zukommt, Beschränkungen aber, die sich nicht mit unumstößlicher Gewißheit darthun lassen, als willkührliche zurückweisen. — Durch die Pupillarsubstitution nun wird das Recht der Intestat- und Notherben des Pupillen völlig, d. h. in Beziehung auf den ganzen Nachlaß des Pupillen ausgeschlossen, ohne daß weiter etwas darauf ankommt, von Wem das Vermögen herrührt. Wenn daher gesagt wird: *ad exemplum* pup. **substitutionis** solle auch durch die neu eingeführte Substitution die Querel ausgeschlossen seyn, so heißt dies nach anerkanntem Sprachgebrauch soviel, als: nach Analogie der P.S.; hierin aber liegt von selbst die Erklärung: es sollen die materiellen Rechtsgrundsätze der P.S. in dieser Beziehung gelten, gerade so, wie wenn gesagt wird, es solle **ad exemplum** einer Klage eine **utilis actio** gegeben werden. Erwägt man hiernächst den ganzen Zusammenhang der Rede, so wird es klar, weßhalb der Kaiser, statt zu sagen: die Substitution erstreckt sich auf das ganze Vermögen des Kindes, die Wendung nimmt: es sey hier, wie bei der Pupillarsubstitution, die Querel gegen das Testament ausgeschlossen. Er bringt nämlich die Bedingungen, oder die Besonderheiten der neuen Substitution in Verbindung mit dem eignen Notherbenrecht des Wahnsinnigen, so wie mit dem Rechte der nächsten Intestaterben desselben, und so kommt er denn von selbst auf die Querel: wenn nur der Testirer dem Kinde den

Pflichttheil zuwendet und wenigstens einen der (in dem Gesetze näher bezeichneten) nächsten Intestaterben desselben substituirt, so ist das Testament sicher gegen Anfechtung.

Rechtfertigt nun schon eine einfache, vom Wortverstande sich nicht entfernende Interpretation des Justinianischen Gesetzes die gemeine Meinung zur Genüge, so muß vollends aller Zweifel dagegen verschwinden, wenn man die über das neue Institut in den Justinianischen Institutionen sich findenden Aeußerungen betrachtet. Der Kaiser handelt davon in Verbindung mit der Pupillarsubstitution, also bei der Lehre, worin der Ausdruck: substituere sicher nicht in der ohnehin seltenen Bedeutung von s. g. fideicommissarischer Substitution genommen wird, sondern in der regelmäßig ihm zukommenden, wonach es heißt: seinem Kinde einen eigentlichen Erben ernennen[32]. Sehr bestimmt wird der Zusammenhang zwischen beiden Substitutionen hervorgehoben, indem es heißt: es sey durch die Sitte aufgekommen, daß ein Vater seinem Kinde, welches selber unfähig sey zur Errichtung eines Testaments, ein solches mache. Aus dieser Ursache (nämlich weil Wahnsinnige ebenfalls zur Errichtung eines Testaments unfähig seyen) habe der Kaiser den Ascendenten das Recht gegeben, ihren blödsinnigen Kindern substituiren zu dürfen. Wenn nun darauf erwiedert wird: es trete hier doch immer der Grund nicht ein, welcher bei der Pupillarsubstitution das Recht des Vaters, auch über das eigne Vermögen des Kindes zu verfügen, erkläre: so hat dies seine Richtigkeit, wenn von dem historischen Entstehungsgrunde die Rede ist, indem dieser in dem Erwerbsrechte des Vaters durch die seiner Gewalt unterworfenen

32) Thibaut Arch. Bd. V. S. 342. Nr. 4. Bd. X. S. 222.

Kinder gesucht werden muß[33]). Allein schon bei den römischen Juristen schob sich allmählig der Gesichtspunkt unter: es gereiche zum eigenen Besten der Kinder, daß ihnen ein testamentarischer Erbe ernannt werde[34]); darin ist aber auch der Grund zu suchen, daß man diese Substitutionen begünstigte und das alte Recht sich zu einer Zeit noch unverändert erhielte, als der ursprüngliche Entstehungsgrund nicht mehr bestand[35a]). Jener Gesichtspunkt ist es denn auch, welcher früher schon die Erweiterung des Substitutionsrechts für einzelne Fälle durch kaiserliche Rescripte veranlaßte[35b]) und den Justinian, wie er ja selbst in den Institutionen sagt, bei der Einführung seines neuen Rechts lediglich vor Augen hatte. Und in der That paßte derselbe auch vollkommen so gut auf diejenigen, welche wegen Blödsinnes unfähig waren zum Testiren, als auf Unmündige. Wenn dabei

33) Vergl. Bd. 40. d. Comment. S. 474. Not. 40. Nr. b.

34) Vergl. Bd. 40. d. Comment. S. 264 fg. — v. Löhr bemerkt, daß zwar in unseren Rechtsquellen gesagt werde: der Testirer könne die Urkunde, welche eine Pupillarsubstitution enthalte, besonders zusiegeln, damit ihr Inhalt geheim bleibe und die etwa aus dem Bekanntwerden des Erben möglicherweise entstehende Gefahr vermieden werde; allein nirgends werde gesagt, die P. S. sey zu dem Zwecke eingeführt, um einer solchen Gefahr vorzubeugen (Archiv Bd. IX. S. 108. Note 8.). Wird es aber nicht dadurch eigentlich erklärt, wie man zu der Ansicht kam, die P. S. als etwas zu Gunsten des Pupillen Gereichendes zu betrachten? Daß dies der Fall war ist außer Zweifel und darauf kommt es jetzt nur an.

35a) Vergl. Bd. 40. d. Comment. S. 392. u. S. 477.

35b) Vergl. Bd. 40. d. Comment. S. 482 a. E. fg.

aber eine Beschränkung hinzugefügt würde, welcher man die Pupillarsubstitution (wofür das Recht des Vaters ohne alle Beschränkung einmal feststand) nicht unterwarf, — daß nämlich Einer der nächsten Intestaterben des Wahnsinnigen, von denen eine Vernachlässigung und schlechte Behandlung desselben sich nicht wohl besorgen ließ, substituirt werden müsse: so folgt ja daraus schlechterdings nicht, daß das neue Recht auch der Wirkung nach beschränkter seyn solle, als die Pupillarsubstitution. Das Gegentheil ergiebt sich vielmehr mit völliger Sicherheit schon daraus, daß den Ascendenten gestattet ist, wegen Unfähigkeit des Wahnsinnigen zu testiren, demselben ein Testament zu machen und ihm zu substituiren, d. h. ihm einen Erben zu ernennen. Wer sich selber ein Testament macht und einen Erben ernennt, der darf nicht in Beziehung auf einzelne Vermögenstheile die Intestaterbfolge eintreten lassen wollen. Erfordert daher nicht die juristische Consequenz mit unabweisbarer Nothwendigkeit, wenn jenes Recht ganz allgemein einem Anderen zugestanden wird, hier auch dieselbe Folge eintreten zu lassen? Zum Ueberfluß aber sagt der Kaiser ganz unumwunden: er gestatte den Ascendenten ihren wahnsinnigen Descendenten, wenn sie gleich puberes seyen, „ad *exemplum pupillaris substitutionis* certas personas substituere." Mit großer Bestimmtheit ist hierin die rechtliche Wirkung einer solchen Substitution nebst der Abweichung von der Pupillarsubstitution ausgedrückt: es solle nach der Analogie der P.S. dem Blödsinnigen ein Erbe ernannt werden könne, nur seyen dabei gewisse Personen zu berücksichtigen. Daß dennoch der Kaiser dadurch nur sage: die neue Substitution habe mit der P.S. blos in einem oder dem anderen Punkte Aehnlichkeit, nicht aber, beide seyen nach

denselben Grundsätzen zu beurtheilen[36]), sind bloße Behauptungen, die durch das Obige wohl hinreichend widerlegt seyn dürften. Auch scheinen die Gegner selbst hierauf eben kein Gewicht zu legen, indem sie, zugestehend, daß Justinian hier eine größere Aehnlichkeit beider Institute anerkenne, als in der Constitution, sich dadurch zu helfen suchen, daß sie das Zeugniß der Institutionen ganz verwerfen: in diesen solle nur der Inhalt der Constitution referirt werden; diese sey die eigentliche Quelle des neuen Rechts, und wenn die Verfasser der Institutionen, verleitet durch die Einschaltung dieses Rechts bei der Pupillarsubstitution, auf die Aehnlichkeiten mit der letzteren ein größeres Gewicht gelegt hätten, so müsse die Quelle, woraus referirt werde, der ungenauen Relation vorgezogen werden[37a]). — Als ob das Gesetz die ausdrückliche Bestimmung enthielte: die Wirkung der neuen Substitution beschränke sich auf das von dem Substituenten selbst herrührende Vermögen! Gesetzt, man stimmt unserer Ansicht auch nicht bei, daß die gemeine Meinung schon durch die Justinianische Constitution hinreichend gerechtfertigt erscheine, so wird man doch höchstens behaupten dürfen: es werde darin die Frage, mit welcher wir es hier zu thun haben, unbestimmt gelassen. Das aber wird man doch wohl nicht läugnen wollen, daß unbestimmte und zweifelhafte Aeußerungen einer Stelle, durch bestimmtere, welche sich über den nämlichen Gegenstand an einer anderen finden, erklärt werden können und müssen. Benutzt man ja zu diesem Zwecke die aus der vorjustinianischen

36) So v. Löhr Arch. Bd. IX. S. 107.

37a) Unterholzner a. a. O. S. 58 fg. und daselbst Note 3. v. Löhr Arch. Bd. V. S. 108.

Zeit uns nicht erhaltenen Schriften, ferner nicht glossirte, ja sogar blos restituirte Stellen. Um so eher verdienen also wohl die Aeußerungen des Kaisers Beachtung, welche sich in den Institutionen über ein von ihm selbst eingeführtes Rechtsinstitut finden. Hier aber eine um so größere, als gerade die Nebeneinanderstellung beider Institute die dringendste Veranlassung darbieten mußte, den gewählten allgemeinen Ausdruck näher zu bestimmen und zu beschränken, wenn in der That eine so wichtige, ja wesentliche, Abweichung von dem Rechte der P.S. gemeint war, wie von den Gegnern angenommen wird[37b]).

Sieht man aber auch ganz ab von der juristischen Bedeutung der Ausdrücke: für Jemanden ein Testament errichten und ihm einen Erben ernennen, ferner, von der buchstäblichen Gleichstellung beider Substitutionen in den nicht ausdrücklich anders bestimmten Punkten: sagt nicht der Kaiser, er gebe dies Recht den Ascendenten darum, weil der Blödsinnige sich selber kein Testament machen dürfe? Wer erwartet hiernach blos die Bestimmung: also können die Ascendenten in Ansehung des von ihnen selbst herrührenden Vermögens dem Kinde einen Nachfolger ernennen? Wäre dies ausdrücklich gesagt, so würde man jedenfalls bekennen müssen, daß ein solches Resultat mit der angegebenen ratio durchaus nicht harmoniere. Allein so lange logische Consequenz für Auslegung und Anwendung eines positiven Rechtssatzes noch etwas gilt, ist man zu Beschränkungen der Art, wodurch alles richtige Verhältniß zwischen ratio legis und der daraus abgeleiteten Folgerung aufgehoben wird, nicht an-

37b) Thibaut Arch. Bd. V. S. 343. Francke Notherbenrecht S. 464.

ders berechtigt, als wenn sie in dem Gesetze selbst ausgesprochen sind. — Indessen, legen wir auch selbst hierauf kein Gewicht, — sehen wir die Aeußerung Justinians über die ratio für nicht geschrieben an, und halten uns lediglich daran: der Kaiser wollte den Ascendenten ein bisher ihnen nicht zustehendes Recht geben, so drängt sich doch von selbst ein anderer Zweifel auf: ist es wohl wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber sich mit seiner Neuerung so wichtig gemacht, ja daß er überhaupt darauf gekommen seyn sollte, wenn am Ende Alles darauf hinauslief, daß der Ascendent auch von dem Viertheil, welches er dem Kinde als Pflichttheil zuwenden mußte, die entfernteren Intestaterben des Blödsinnigen ausschließen dürfe[38]? Es kommt aber noch hinzu, daß derselbe Zweck auf einem anderen Wege eben so gut erreicht werden konnte, nämlich durch eine in guter Absicht geschehene Enterbung. Zwar wird jetzt häufig behauptet, die exheredatio bona mente facta existire im neuesten Rechte nicht mehr; allein das Gegentheil ist an einem anderen Orte dieses Commentars auszuführen versucht[39]), und die Gründe dafür sind bis jetzt noch einer Widerlegung nicht gewürdigt. Indessen selbst darauf kommt es nicht an, wenn man der Meinung ist, daß diese Enterbungsart bis auf die Novelle 115 bestanden habe und erst durch dies Gesetz abgeschafft sey, wie von den Meisten und namentlich auch von Unterholzner (a. a. O. S. 53) angenommen wird. Hiernach würde denn also die ganze Neuerung Justinians darin bestanden haben, daß er auch

38) Thibaut Arch. Bd. X. S. 221. Francke Notherbenrecht S. 465.

39) Bd. 37. d. Comment. §. 1425 e.

auf einem anderen Wege, jedoch unter Beobachtung gewisser Erfordernisse, das erreichen könne, was ohne diesen Beschränkungen durch die exh. b. m. geschehen konnte!

Es wird hiernächst nur noch auf einige der von den Gegnern angeführten Gründe und Gegengründe zu antworten seyn, worauf dieselben ein besonderes Gewicht legen[40]). Dahin gehört a) insonderheit, daß die gemeine Meinung zu manchen Zweifeln Veranlassung gebe, namentlich, wenn von mehreren Ascendenten substituirt werde, ferner leicht zu Unbilligkeiten und allerlei Inconvenienzen führe. — Wir erwiedern hierauf: daß Gründe dieser Art, als blos legislative, nur in Betracht kommen können, um sich für die wahrscheinliche Absicht des Gesetzgebers in solchen Fällen zu entscheiden, wo das Resultat der Interpretation zweifelhaft im eigentlichen Sinne bleibt, d. h. die für die verschiedenen Ansichten sprechenden Gründe einander völlig die Wage halten, — keineswegs aber, um ein Resultat zu entkräften, das sich ganz einfach aus buchstäblicher Interpretation eines Gesetzes ergiebt und durch consequente Anwendung allgemein anerkannter juristischer Regeln unterstützt wird, wie hier der Fall ist. Schwierigkeiten der Anwendung können die Giltigkeit eines Rechtssatzes nicht aufheben, oder dasselbe auch nur beschränken, am wenigsten wenn sie der Art sind, daß sie durch die Legislation leicht und sicher beseitigt werden können, wie hier der Fall ist; (s. die folgende Nummer). Und was die Unbilligkeiten und Inconvenienzen anbetrifft, welche man mit großer Mühe her-

40) Einer besonderen Widerlegung aller und jeder einzelnen Argumente wird es nicht bedürfen, da sich alle schon in dem oben Gesagten, so wie in dem Folgenden hinreichend berücksichtigt finden.

ausgebracht hat[41]), so vergißt man, daß jede Anomalie, — jede Abweichung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dergleichen leicht erzeugt. Ist es denn billig, daß der Vater berechtigt ist, die nächsten Intestaterben seines unmündigen Kindes von dessen Vermögen auszuschließen? und ist von Justinian nicht ausdrücklich dafür gesorgt, daß diese Unbilligkeit hier wenigstens nicht größer erscheint, wie bei der Pupillarsubstitution? Auch durch Pupillarsubstitution kann z. B. die mütterliche Großmutter ausgeschlossen werden, wenngleich das Vermögen des Pupillen ganz von der Mutter oder dem mütterlichen Großvater herrührt. Daß die exemplarische Substitution auch von der Großmutter selber ausgehen kann, ist eine Erweiterung des Rechts zu substituiren in subjectiver Hinsicht; wie aber daraus folgen soll, daß sie nicht eben so gut von einem anderen substituirenden Ascendenten ausgeschlossen werden könne, als sie diesen ausschließen kann, ist schwer einzusehen[42]). — b) Da die Pupillarsubstitution auf der väterlichen Gewalt beruhe, diese aber nur Einer habe, so kämen dabei niemals Mehrere in den Fall, dies Recht auszuüben, wogegen die exemplarische Substitution die sonderbare Erscheinung darbiete, daß Jemand aus mehreren Testamenten, und noch dazu aus den Testamenten verschiedener Personen beerbt werde, wenn man nämlich die Theorie annehme, nach welcher die mehreren Substitutionen neben einander gelten. — Sagt aber dies wohl etwas Anderes, als daß ein anomalischer Rechtsbegriff sich nicht unter die gewöhnlichen Regeln subsumiren läßt? Die Regel: **nemo cum pluribus testamentis decedere potest,**

41) M. s. Unterholzner a. a. O. S. 62 fg. (Nr. 1 — 3.)

42) Vergl. Thibaut Archiv Bd. V. S. 340 fg. (Nr. 1 u. 2.)

leidet aber auch sonst ihre Ausnahmen[43]), und wenn einmal das Recht gilt, für einen Anderen zu testiren, so ist es in Beziehung auf den Grundsatz selbst wohl sehr gleichgiltig, ob die mehreren Testamente verschiedene Urheber haben, oder nicht. Zu einer viel größeren Abweichung von den gewöhnlichen Regeln führt übrigens die Theorie der Gegner. Sie sagen nicht etwa geradezu: die exemplarische Substitution sey nichts, wie eine fideicommissarische Anordnung, sie geben vielmehr zu, daß der Substituent dem Kinde ein Testament errichten und ihm einen Erben ernennen müsse; es soll diese Verfügung jedoch nur die Wirkung einer fideicommissarischen haben. Mehr Anomalien lassen sich nicht leicht in einem Satze häufen. Wir finden hier einmal eine Abweichung von der Regel: **nemo pro parte testatus u. s. w.**, zweitens eine zwar rechtlich giltige und wirksame Abweichung, die aber dennoch nicht als solche, sondern, ohne ein Fideicommiß zu seyn, als Fideicommiß gelten und bestehen soll. — Zwar sagt man (und dies soll denn zugleich noch ein Argument für die hier angefochtene Meinung seyn) c) es sey ja nichts Beispielloses, daß eine Substitution, wenn sie gleich als directe ausgesprochen sey, dennoch blos auf dasjenige gehe, was Jemand von dem Substituenten erbe, nämlich wenn ein Soldat seinen Kindern über die Jahre der Mündigkeit hinaus substituire, oder sonst bei seinen Substitutionen die gesetzlichen Bestimmungen und Schranken überschreite[44]).

43) **L. 1. §. 6. D.** ***de B. P. sec. tab.*** **(XXXVII. 11.)** u. Bd. 38. d. Comment. S. 480 fg. (Nr. 4.)

44) Unterholzner a. a. O. S. 64 fg. (Nr. 4.) v. Löhr Archiv Bd. IX. S. 109 fg.

Wie wenig aber auch dies Argument bedeute, ist leicht zu zeigen. Bei den letztwilligen Verfügungen der Soldaten kommt der Ausdruck überall nicht in Betracht, sondern lediglich der Wille, soweit derselbe irgend ausführbar ist. Da nun Niemand, auch ein Soldat nicht, für Jemanden testiren darf, der selber im Stande ist, sich einen Vermögensnachfolger zu ernennen, dennoch aber die Anordnung des Soldaten nicht unwirksam seyn soll, so bleibt natürlich nichts übrig, als die Verfügung materiell, soweit von dem Vermögen des Soldaten etwas auf den heres primus gekommen ist, gelten zu lassen. Wie ganz anders verhält sich die Sache hier. Der Ascendent substituirt ja nicht dem, welcher selbstständig testiren kann, sondern einem der es nicht kann, und hierin liegt gerade der Grund, weshalb ihm dies Recht gegeben ist, so wie umgekehrt die Beschränkung der s. g. militaris substitutio auf das vom Testirer selbst herrührende Vermögen ihren Grund darin hat, daß Keiner, der sich selber einen Erben ernennen darf, in dieser Hinsicht dem Verfügungsrecht eines Anderen unterworfen seyn kann. Bei dieser völligen Unähnlichkeit der Verhältnisse ist ein Schluß von der milit. subst. auf die quasi pupillaris durchaus unzuläßig, auch ganz davon abgesehen, daß bei dieser das nur für die Testamente der Soldaten angenommene Prinzip: es kommt der Ausdruck überall nicht in Betracht, sondern lediglich der Wille des Testirers, soweit er überhaupt ausführbar ist, weder gilt noch gelten kann[45]).

In der That reduzirt sich daher Alles, was sich für die von den Gegnern angenommene Beschränkung sagen läßt, darauf: die Justinianische Substitution hat ja so

45) Vergl. hiermit Thibaut Arch. Bd. X. S. 225.

manches Besondere, warum soll denn nicht auch hier etwas Besonderes eintreten können[46])? Doch wird wohl Niemand im Ernst mehr hieraus folgern wollen, als daß eine derartige Beschränkung durch Gesetz oder Gewohnheit möglich und ausführbar sey; dies zu läugnen, wird Keinem einfallen, aber eben so wenig ist es zu billigen, wenn deshalb ein gesetzlicher Ausdruck nicht in der vollen Bedeutung genommen werden soll, welche ihm nach sprachlichen und juristischen Regeln zukommt[47]).

7) Von jeher sehr streitig war die Frage: wie es zu halten sey, wenn von mehreren Ascendenten des Blödsinnigen für denselben testirt wird? Nach der Theorie von Unterholzner und v. Löhr kann diese Frage nicht einmal aufgeworfen werden; denn, wenn die Substitution nur für den Vermögenstheil gelten soll, welchen der Blödsinnige von dem Substituenten erhält, so versteht sich ganz von selbst, daß es hiermit so gehalten werden muß, wie wenn zufälligerweise mehrere Testirer Jemanden zum Erben einsetzen, und ihm (vulgariter oder fideicommissarisch) substituiren. Die verschiedenen Meinungen über die aufgeworfene Frage lassen sich auf folgende Resultate zurückführen: 1) es gilt nur eine Substitution,

46) So v. Löhr Arch. Bd. IX. S. 107 a. E. u. fg.

47) Daß die gemeine Meinung durch die Angriffe der Gegner auch nicht aufgehört hat, dafür zu gelten, beweisen die compendiarischen Darstellungen dieser Lehre; m. s. z. B. Mackeldey Lehrb. §. 671. Not. d. (der XI. Aufl.), u. meine Pand. §. 676. Not. 4. Manche derselben nehmen von der abweichenden Ansicht gar nicht einmal eine Notiz; s. z. B. die neueste Ausgabe von Schweppe's Röm. Privatr. Bd. V. §. 813. Nur Puchta bleibt auch in seinem Lehrbuche der Pand. (Leipz. 1838. §. 472) seiner Meinung treu.

die andere bleibt ganz unberücksichtigt; 2) die mehreren Substitutionen bestehen vollständig neben einander, wie wenn in demselben Testamente Miterben eingesetzt sind; 3) sie bestehen unvollständig neben einander, so daß die eine nur in Beziehung auf das von dem Substituenten herrührende Vermögen wirksam ist, in Ansehung alles Uebrigen hingegen die Substitution des anderen Ascendenten den Vorzug hat. — In den Quellenäußerungen findet sich nichts, wonach die Collisionsfrage, an die der Kaiser selbst sicher nicht dachte, entschieden werden könnte. Es wird also die Entscheidung nach allgemeinen Rechtsprinzipien erfolgen müssen, wenn es deren überhaupt giebt, die auf ausschließliche Geltung Anspruch machen dürfen. Ob dies der Fall sey? wird sich aus der Betrachtung der einzelnen Meinungen ergeben. — Die Vertheidiger der ersten nehmen gewöhnlich an, daß die Substitution dessen, der die väterliche Gewalt hat, alle übrigen ausschließe; sonst aber die des Vaters der mütterlichen, die Substitution der Mutter der des väterlichen Großvaters vorgehe u. s. w.[48]). Vielleicht hätte Justinian sich auch dahin entschieden, wäre die Frage ihm zur Entscheidung vorgelegt werden. Denn in ähnlicher Weise ist ja auch das Delationsverhältniß der gesetzlichen Tutel bei einer Concurrenz mehrerer Ascendenten von ihm bestimmt[49]), und daß in Beziehung auf solche Befugnisse, welche an

48) *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 27. §. 13. Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 2. (welche übrigens bezeugt, daß die Praxis sich dahin neige, für den von dem Substituenten selbst herrührenden Vermögenstheil jede Substitution gelten zu lassen). Schweppe a. a. O. Not. 4.

49) *Nov.* 118. *c.* 5.

sich auch denjenigen Ascendenten zustehen, die keine väterliche Gewalt haben, dennoch das Recht des Gewaltinhabers vorzugsweise in Betracht kommt, ist gewiß ganz in der Ordnung und ja auch sonst anerkannt[50]. Auch ist die Befugniß, dem Kinde einen Vermögensnachfolger zu ernennen, nicht blos ein Recht, über dessen Vermögen zu verfügen, sondern es bezieht sich zunächst auf die Persönlichkeit desselben, und in dieser Hinsicht ist allerdings, wenn mehrere Ascendenten collidiren, das Recht nach dem obigen Verhältnisse zu bestimmen; (s. die weiter unten folgende Ausführung). Bedenklich ist es indessen doch immer, auf solche allgemeine Voraussetzungen und Analogien ein Resultat zu gründen, wonach dem Substituten des einen Ascendenten sogar das entzogen wird, was dieser von seinem Vermögen dem Kinde zugewendet hat[51]. — Ganz eigenthümlich ist die Meinung von Haimberger[52], wonach ebenfalls nur eine Substitution aus-

50) M. vergl. z. B. L. 1. §. 3. L. 3. §. 5. D. *de liber. exhib.* (XLIII. 30). L. 2. u. 3. C. *eod.* (VIII. 8.)

51) Ein Anderes ist es, wenn der Vater Kraft väterlicher Gewalt dem wahnsinnigen Kinde pupillariter substituirt hat und dasselbe während der Unmündigkeit stirbt. (S. Bd. 40. des Comment. S. 490 a. E.) Doch halte ich es für inconsequent, wie von Manchen geschieht, dies soweit auszudehnen, daß, auch wenn die Substitution ausdrücklich nur als exemplarische erfolgt ist, sie dennoch für ein unmündiges Kind stets die Wirkung der pupillaris habe, m. a. W., der Substitut des Vaters stets vorgehe, obgleich dieser überall nicht pupillariter substituirt hat, falls nämlich das Kind unmündig stirbt. S. z. B. Wernher lectiss. comment. ad Pand. h. t. §. 26., und auch Thibaut scheint dieser Meinung zu seyn, Pand. §. 840. Nr. 1.

52) Arch. für civ. Pr. Bd. XII. Nr. XVIII., auch in seinem Lehrb. §. 345. Not. d.

schließlich gelten soll, allein die des zuletzt sterbenden Ascendenten; gestützt wird diese Meinung hauptsächlich darauf, daß dem Substituenten zwar die Berücksichtigung der Descendenten und Geschwister des Kindes, nicht aber die der Ascendenten desselben zur Pflicht gemacht ist, da doch die Letzteren diesen im Pflichttheilsrechte nie vorgezogen würden, wohl aber umgekehrt. Dies erklärt er nämlich aus einer Voraussetzung des Kaisers, daß zu der Zeit, wo die Substitution in Wirksamkeit trete, keiner der Ascendenten mehr vorhanden sey. — Würde aber daraus nicht folgen, daß, wenn wirklich nur Einer substituirt, die Substitution von selbst als nichtig zerfalle, wenn beim Tode des Blödsinnigen ein anderer Ascendent mit Notherbenrechte vorhanden ist und sich nicht berücksichtigt findet? Dieser Grund also, abgesehen davon, daß auch er auf einer an sich unerweislichen Voraussetzung beruht, kann schon darum nichts beweisen, weil er mehr beweist, als der Urheber dieser Ansicht daraus zu folgern gemeint ist.

Die zweite Hauptmeinung: die verschiedenen Substitutionen bestehen neben einander, wie wenn die Substituten in einem Testamente eingesetzt wären, hat von jeher den meisten Beifall gefunden[53]), würde aus rein juristischen Gründen wohl den meisten Beifall verdienen; sie beruht nämlich auf dem einfachen Prinzip: werden die in verschiedenen Testamenten desselben Testirers eingesetzten

53) Daß es die gewöhnliche Meinung sey, wird selbst von den Gegnern derselben bezeugt; z. B. von Vinnius l. l. Struvius synt. jur. civ. Exerc. XXXIII. Th. 35. Doch wird sie von den Meisten freilich nur mit der unten zu erwähnenden Modification angenommen (s. Not. 55.) unbedingt vertheidigen sie Madihn l. l. p. 92 sq. §. 39. u. Westphal von Testamenten u. s. w. §. 724.

Erben als Miterben zugelassen, so ist es consequent, daß ein Gleiches auch alsdann eintrete, wenn Mehrere erlaubterweise über das nämliche Vermögen testamentarisch verfügen dürfen. Freilich aber muß man alsdann auch annehmen, daß der Ursprung des Vermögens dabei ganz gleichgiltig sey; daß also z. B. der Substitut des Vaters mit dem der Mutter zu gleichen Theilen erbe, wenngleich vielleicht der erstere dem Kinde nur den Pflichttheil von einem ganz unbedeutenden Vermögen zugewendet, die Mutter dagegen demselben ein sehr beträchtliches Vermögen hinterlassen hat. Aber (kann man dagegen wieder fragen), soll denn der wahrscheinliche Wille des Testirers der doch sonst bei Auslegung letztwilliger Dispositionen so sehr beachtet wird [54]), hierbei ganz unberücksichtigt bleiben? Und darf wohl ohne Verletzung aller Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß in dem hier vorausgesetzten Falle die Mutter gemeint sey, dem ihr vielleicht ganz unbekannten Substituten des Vaters ihr Vermögen zuzuwenden, und nicht vielmehr dem von ihr ernannten? Die Berücksichtigung dieses Grundes hat denn zu folgender Modification der zweiten Meinung Veranlassung gegeben: Jeder Substitut bekommt das Vermögen, welches von dem Substituenten selbst herrührt, das übrige Vermögen des Blödsinnigen theilen sie zu gleichen Theilen [55]). Indessen verliert diese Meinung dadurch wieder ihren eigentlichen juristischen Haltungspunkt. Denn, geht man davon aus, daß beiden Eltern ein gleiches Recht

54) L. 25. (24.) D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5.)

55) Lauterbach coll. th. pr. pract. h. t. §. 39. Voet ad Pand. *h. t.* §. 33. Schott unpart. Critik. St. 62. S. 233. Höpfner Comment. §. 510. Not. 1.

zustehe, ihrem blödsinnigen Kinde einen Erben für dessen eigenthümliches Vermögen zu ernennen, und demzufolge die von Beiden ernannten Substituten vollständig als Miterben zu betrachten, wie wenn sie von Einem in demselben Testamenten eingesetzt seyen [56]), so ist es gewiß nicht consequent, bei der Vertheilung des Vermögens wiederum auf den Ursprung desselben zu sehen. Der Substituent kann durch fideicommissarische Verfügung es bewirken, daß der von ihm ernannte Substitut das von ihm herrührende Vermögen ausschließlich erhalte, soweit es nämlich nicht zum Pflichttheil des Kindes gehört; allein, so großes Gewicht auch bei der Auslegung einer Disposition die wahrscheinliche Willensmeinung des Disponenten hat, immer muß doch eine Anordnung vorhanden seyn, welche der Auslegung fähig ist, oder: so wahrscheinlich es auch ist, daß der Testirer Dies oder Jenes beabsichtigt habe, so darf doch keineswegs aus bloßen Vermuthungen eine überall nicht vorhandene Erklärung supplirt werden.

Dem Vorwurfe der Inconsequenz dürfte am ersten noch die dritte Meinung entgehen. Nach ihr ist die Substitution oder Erbeinsetzung des einen Ascendenten zunächst und unmittelbar nur wirksam für das von ihm an den Wahnsinnigen gekommene Vermögen, die des Anderen für alles Uebrige. Im Allgemeinen nun beruht sie auf demselben Prinzip, worauf sich die zuerst erwähnte Meinung stützt: das Recht Jemandem einen Erben zu ernennen, oder zu bestimmen, wer ihn in seinen vermögensrechtlichen Verhältnissen repräsentiren soll, gehört zu den Rechten über die Person. Wo nun Rechte dieser Art

56) Thibaut Arch. Bd. V. S. 341 fg. (Nr. 3.)

(Bestimmung des Aufenthalts, Erziehung u. s. w.) den sämmtlichen Ascendenten zugestanden sind, da muß im Collisionsfalle einer dem Anderen nachstehen, und hierbei gebührt der Vorzug zunächst dem, welchem die väterliche Gewalt zusteht, sodann dem Vater vor der Mutter, dieser vor den Großältern u. s. w.[57]); warum soll denn das Nämliche nicht auch hier gelten? Dadurch unterscheidet sich aber die dritte Meinung von der ersten sehr bedeutend, daß nicht nur der Substitut das erhält, was der Substituent doch gewiß ihm eher als dem Substituten des anderen Ascendenten zuwenden wollte, sondern daß die nachstehende Substitution auch als eigentliche Erbeinsetzung besteht, woraus denn folgt, daß, wenn die vorgehende Substitution aus irgend einem Grunde erlöscht (z. B. dadurch, daß der Substituent den Wahnsinnigen überlebt, oder der von ihm ernannte Substitut vor dem Erwerbe stirbt), jene ihre volle Wirksamkeit äußert. Dies Alles unter die gewöhnlichen Grundsätze über die testamentarische Erbfolge zu bringen, ist freilich ganz unmöglich; aber man darf nicht vergessen, daß wir es hier mit einer Anomalie zu thun haben. Diese selbst ist ihrem eigentlichen Wesen nach aufzufassen, und was sich daraus mit Nothwendigkeit ergiebt, nicht nach dem gewöhnlichen Maßstabe zu messen, wogegen aber auch wieder die damit verträglichen Regeln des gemeinen Rechts zu berücksichtigen, und für die Gewinnung in sich zusammenhängender und practisch anwendbarer Resultate zu benutzen sind. Hiernach darf man sich denn sehr wohl die bei-

57) Arg. L. 1. §. 10. D. *de inspic. ventr.* (XXV. 4.), *verb.* apud eum educatur u. s. w. S. auch die oben Not. 49 u. 50 angef. Stellen.

den Testirer (z. B. Vater und Mutter) als Einen denken, welcher Miterben zu verschiedenen Theilen einsetzt; an und für sich ist die auf jeden Miterben sich beziehende Disposition als eine für sich bestehende zu betrachten und zunächst auch nur für jeden derselben wirksam, wird aber die eine aufgehoben, oder fällt sie aus anderen Gründen weg, so erhält die andere die Bedeutung einer auf das Ganze gehenden Verfügung. Eine Anwendung davon auf unsere Frage ergiebt sich von selbst. — Indessen hat diese Ansicht in neueren Zeiten vielfachen Widerspruch erfahren[58]), vielleicht weil ihre Construction zu künstlich erscheint; da aber auch irgend eine der übrigen Meinungen schwerlich allgemeine Billigung erwarten dürfte, so möchte diese Controverse wohl für eine Entscheidung durch die Gesetzgebung geeignet seyn.

8) Daß die exemplarische Substitution von selbst erlöscht, wenn der Blödsinnige seine geistige Gesundheit wieder erlangt, sagt Justinian ausdrücklich. Wie nun aber, wenn später wieder ein Rückfall eintritt? Man braucht nämlich dabei noch nicht an einen Menschen zu denken, dessen Wahnsinn nur Periodenweis einzutreten oder durch **dilucida intervalla** unterbrochen zu werden pflegt. Denn wenn die Alten von einem **perpetuo mente captus** sprechen, so ist damit nicht die Unmöglichkeit einer Heilung ausgesprochen, sondern nur der Gegensatz von dem leicht

58) Man findet sie jetzt wohl nur noch in meinem Lehrb. der Pand. §. 676. Not. k. vertheidigt. Häufiger wird sie von älteren Schriftstellern angenommen, wenngleich von einigen nur in der Art, daß blos dem Ascendenten, welcher die väterliche Gewalt hat, ein Vorzug zugestanden wird. S. z. B. Struv. synt. l. l. Stryk. cautel. test. c. 18. membr. 3. §. 9.

zu erkennenden Zustande derer ausgedrückt, welche an intermittirender Geistesabwesenheit leiden. — Manche nun sind der Meinung, daß durch den Eintrift eines Rückfalls die erloschene Substitution wieder hergestellt werde, und nur in dem Falle wirkungslos bleibe, wenn der furiosus entweder während des Zustandes geistiger Gesundheit ein Testament errichtet hat, oder in diesem Zustande mit Tode abgeht, oder wenigstens bei des Testirers Tode frei war vom Wahnsinn[59]). Indessen widerstreitet diese Ansicht dem allgemeinen Ausdruck des Gesetzes (si postea resipuerit mente captus, talis substitutio *cessat*), sowie der Rechtsregel, daß ein einmal zerstörtes Testament nicht von selbst wiederhergestellt werde; denn von den Modificationen dieser Regel paßt keine auf unseren Fall[60]). Dennoch hat diese Meinung besonders bei den älteren Juristen vielen Beifall gefunden, außer daß die Meisten die Wiederherstellung auch in dem Falle gelten lassen, wenn das Kind zwar bei des Testirers Tode geistig gesund war, späterhin aber wieder ein Rückfall eintritt[61]). In der That paßt auch die von Donellus herbeigezogene Analogie der Pupillarsubstitution (s. Note 53) hier durchaus

59) *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VI. c. 27. §. 17. Die zuletzt angeführte Modification gründet er auf die Analogie der Pupillarsubstitution, indem auch diese aufhöre, wenn das Kind zur Zeit des Todes seines Vaters nicht mehr unmündig sey.

60) Vergl. über diese mein Lehrbuch der Pand. Band III. §. 780 — 783.

61) S. hierüber Vinnius l. l. Nr. 8., welcher übrigens nicht dieser communis opinio (wofür er sie erklärt), sondern der von Donellus beitritt. — Vergl. auch Westphal a. a. O.

nicht, da ein mündig gewordener Mensch nicht wieder unmündig werden, der Zustand geistiger Gesundheit aber einem Wechsel unterworfen seyn kann. Nichtsdestoweniger erscheint aber, unter vorausgesetzter Richtigkeit der Wiederherstellungstheorie, diese Beschränkung derselben sehr wohl begründet, indem die juristische Consequenz es mit sich bringt, die Wirkung der testamentarischen Disposition für einen Dritten mit dem Moment aufhören zu lassen, wo dieser in die Lage kommt, sich selber einen Erben ernennen zu können; das aber ist der Fall, wenn das Kind zu der Zeit, wo es von der väterlichen Gewalt frei ist, seine geistige Gesundheit wieder erlangt[62]).

Andere Erlöschungsgründe erwähnt das Gesetz nicht. Doch verstehen sie sich meistens ganz von selbst; z. B. wenn der Substitut vor dem Wahnsinnigen stirbt, oder dieser vor dem Substituenten. Dadurch wird die Substitution des früher verstorbenen Ascendenten nicht vernichtet, ja dieselbe kann mehr Wirkung erhalten, z. B. wenn sie von der Mutter herrührt, indem sie alsdann auf das gesammte Vermögen des Kindes geht, wozu nun freilich von dem väterlichen Vermögen nichts gehören kann. — Man darf übrigens auch annehmen, daß die exemplarische Substitution wegfällt, wenn dem Wahnsinnigen erst noch Kinder geboren werden, oder Geschwister hinzukommen, und darauf nicht schon im Voraus Rücksicht im Testamente genommen ist[63]). Gewöhnlich beschränkt man dies auf den Fall, wenn dem Kinde ein

62) Vergl. hierbei Bd. 40. d. Comment. S. 479 u. oben S. 1. (Nr. 2) dieses Bandes.

63) Mein Lehrb. der Pand. §. 676 a. E.

suus nachgeboren wird[64]); allein der Grund, auf welchen die hier angenommene Meinung hauptsächlich gestützt werden kann, berechtigt zu einer allgemeinen Fassung des Satzes. Es ist dies nämlich die Rechtsregel: **quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur**[65]). Die Anwendung dieser Regel auf unseren Fall kann um so weniger einem Zweifel unterliegen, als ja die Nothwendigkeit, gewisse Personen vorzugsweise zu substituiren, nicht der bloßen Form wegen vorgeschrieben ist, sondern der Gesetzgeber beabsichtigte, diesen das Recht der Intestaterbfolge zu erhalten. Meistens stützt man diesen Erlöschungsgrund auf die bereits an einer anderen Stelle des Commentars (Bd. 40. S. 478 fg.) erklärte **L. 43. pr. D.** *h. t.*[66]). Daraus hat man denn Veranlassung genommen, ihn ganz abzuläugnen, „weil diese Stelle von einem ganz anderen Verhältnisse rede"[67]). Indessen würde

64) S. z. B. Thibaut Pand. §. 840. Nr. 5. Schweppe röm. Privatr. §. 813. (Bd. V. S. 116.)

65) L. 3. in f. D. *de his quae pro non scriptis habentur*. (XXXIV. 8.)

66) Nur bei Schweppe (oder Mejer) finde ich die Bemerkung: es folge dies zwar nicht aus der L. 43. pr. *cit.*, wohl aber aus anderen Gründen; a. a. O. S. 116. Not. 2.

67) Hierauf beschränkt sich in der That der Grund des Widerspruchs v. Löhr (Arch. Bd. V. S. 114 fg.); denn was er sonst noch sagt, betrifft blos die auch von mir getadelte Inconsequenz, daß gewöhnlich nur von der Zerstörung der Substitution durch einen nachgebornen suus gesprochen wird. Dennoch sind Mehrere unter den Neueren ihm beigetreten; so Mackeldey Lehrb. §. 671. Not. k. v. Wening-Ingenheim (oder Fritz) Lehrb. §. 465.

die hier vertheidigte Ansicht auch dann noch auf sicherem Boden stehen, wenn man sie lediglich auf diese Stelle gründen müßte. Das „Verhältniß" gerade ist ganz dasselbe, die Verschiedenheit aber unwesentlich. Im Ganzen beschränkt sie sich darauf, daß die Stelle von einem beim Kaiser nachgesuchten Privilegium spricht, und die Veranlassung hiezu Taubstummheit des Kindes war. Der Kaiser ertheilte das Privilegium; es wurde aber dem Taubstummen ein Kind nachgeboren, und da auf diesen Fall keine Rücksicht in dem Rescript genommen war, so entstand die Frage, wie nach allgemeinen Grundsätzen die Sache zu entscheiden sey? Der Jurist antwortet: es sey hierbei ganz nach der Analogie eines Rescripts zu verfahren, wodurch dem Vater das Recht ertheilt werde, seinem wahnsinnigen Kinde einen Erben zu ernennen; wenn ein solches Kind seine geistige Gesundheit wieder erhalte, so falle die Substitution weg, und eben so, wenn sonst Gründe eintreten, welche, wären sie früher vorhanden gewesen, die Substitution gehindert haben würden, also namentlich wenn ein suus heres nachgeboren werde. Hiernach entscheidet sich denn der Jurist für die Erlöschung der Substitution. Aus welchen Gründen sollte nun wohl anders entschieden werden, nachdem das Recht, welches früher von Ertheilung eines kaiserlichen Privilegiums abhängig war, durch das Gesetz jedem Ascendenten zugestande wurde? Allerdings bestand noch eine andere Verschiedenheit zwischen

a. E., (wo sich übrigens in der Not. r. zugegeben findet: eher lasse es sich vertheidigen, daß die Substitution zusammenfalle; so oft Personen nachgeboren werden, die, wenn sie zur Zeit der Errichtung des Testaments gelebt hätten nicht hätten übergangen werden dürfen), endlich Haimberger röm. Privatr. §. 345. Nr. IV.

dem Pandektenrecht und dem durch K. Justinian eingeführten. Jenes schloß sich insoferne noch mehr, wie dieses, der eigentlichen Pupillarsubstitution an, daß, wenn das Privilegium auf Testamentserrichtung für ein wahnsinniges oder taubstummes Kind dem Vater ohne Beschränkung ertheilt war, derselbe überall nicht nöthig hatte, Intestaterben des Kindes zu berücksichtigen (Bd. 40. S. 481 fg.). Aber, soll daraus überhaupt etwas abgeleitet werden, so verstärkt dies offenbar noch die für unsere Meinung sprechenden Gründe: läßt der Jurist schon darum eine Erlöschung der Substitution eintreten, weil es nicht wahrscheinlich sey, daß der Vater des Taubstummen oder Blödsinnigen dessen Kinder ausgeschlossen haben würde, wären sie zur Zeit der Substitution schon vorhanden gewesen, so ist dies gewiß um eher anzunehmen, wenn es überall nicht von des Substituirenden Willkühr abhängt, die Intestaterben des Kindes zu übergehen, oder zu berücksichtigen; es ist hier also ratio fortior vorhanden.

9) Auch darüber ist vielfach gestritten: ob das Recht der exemplarischen Substitution sich auf den von Justinian bestimmten Fall beschränke, oder wegen Gleichheit des Grundes auf verwandte Fälle auszudehnen sey? Halten wir an der Regel fest, daß jura singularia (und zu diesen gehört ohne Zweifel auch das von Justinian eingeführte Substitutionsrecht) nicht logisch ausdehnend zu erklären oder anzuwenden seyn, so wird man sich von vorn herein gegen eine solche Ausdehnung erklären müssen [68]). Dennoch wurde von den älteren Juristen ziemlich

68) Zwar meint Höpfner, welcher die Ausdehnung in Schutz nimmt: der Satz, daß ein jus singulare gar nicht aus-

allgemein eine Ausdehnung auf Taubstumme und gerichtlich erklärte Verschwender (prodigi civiliter tales) angenommen[69]), und nur die von Manchen (wegen der Reciprozität der Rechte) behauptete Ausdehnung dieses Rechts auf die Descendenten wahnsinniger Ascendenten fand keinen Beifall[70]). Jetzt pflegt die Frage nur noch in Beziehung auf Taubstumme aufgeworfen, aber verneint zu werden[71]), was denn auch die überwiegenden Gründe für sich hat. Denn a) sind Taubstumme, wenn sie gleich unter Curatel stehen, mithin der vollen persönlichen Selbstständigkeit zu entbehren pflegen, doch keineswegs als Wahnsinnige zu betrachten; es galt also das Gesetz für sie nicht, sondern nur durch ausdehnende Interpretation wäre eine Anwendung auf sie möglich, diese

dehnend erklärt werden dürfe, sey unrichtig (Comment. §. 511.) Allein das Gegentheil hat nicht blos die bestimmtesten Quellenäußerungen für sich (L. 14. D. *de legib.* L. 141. pr. D. *de regul. jur.* L. 162. eod.; vergl. mein Lehrbuch der Pand. §. 64. Not. 11.), sondern auch innere Gründe. Vergl. Band 40. d. Commentars S. 43 fg.

69) Vinnius ad §. 1. J. *h. t.* Nr. 3. Lauterbach colleg. theor. pract. h. t. §. 44. Struve synt. jur. civ. Exerc. XXXIII. th. 36. Voet ad Pand. h. t. §. 27. Stryk caut. test. Cap. XVIII. membr. III. §. 13. 14. Von den Neueren erklären sich für die Ausdehnung auch auf Verschwender, Höpfner Comment. §. 511. Westphal von Testamenten §. 724. S. 560. Hofacker princ. jur. civ. R. G. §. 1319. Nr. IV.

70) S. Wernher lectiss. comment. *h. t.* §. 26.

71) Schweppe (oder Mejer) §. 813 a. E. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch §. 466. Mein Lehrb. der Pand. §. 676. Not. 3. a. E.

aber ist wegen der Singularität des Gesetzes unzulässig. b) Es ist aber auch nicht einmal par ratio vorhanden, indem für einen Taubstummen es nicht absolut unmöglich ist zu testiren, zwar nach Justinians Bestimmung nur, wenn er nicht mit diesem Gebrechen geboren ist[72]), allein er geht davon aus, daß nur ein Solcher im Stande sey, seinen Willen deutlich und bestimmt zu erklären[73]), und hierauf fußend pflegt man denn jetzt auch die Testamente taubstumm geborner Personen unter jener Voraussetzung zu gestatten[74]). Endlich darf c) wohl mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß diese Auslegung der Absicht des Kaisers keineswegs entsprechend sey. Früher war die Testamentserrichtung für Blödsinnige wie für Taubstumme Gegenstand kaiserlicher Dispensation gewesen, weshalb man denn auch von einem Falle auf den anderen argumentirte, wie die oft angeführte Stelle von Paulus (L 43. D. *h. t.*) beweist. Läßt sich daher wohl annehmen, daß der Kaiser, wenn er an die Stelle der kaiserlichen Dispensationen ein feststehendes Recht für alle Fälle setzen wollte, nur der Blödsinnigen Erwähnung gethan, daß er an die Taubstummen nur nicht gedacht haben sollte? Gewiß nicht; hier also läßt sich wohl aus der Nichterwähnung der Taubstummen fol-

72) L. 10. C. *qui test. fac.* (VI. 22.). Stryk l. l. beschränkt seine Meinung von der Zuläßigkeit einer Ausdehnung daher auch nur auf den Fall, daß das Kind taubstumm geboren sey.

73) S. L. 10. C. cit. u. §. 3. J. *quib. non est perm. fac. test.*, wo ohne die in der Constitution vorgetragene Distinction ganz allgemein gesagt wird: nur wer durchaus nichts höre und verstehe, sey unfähig zum Testiren.

74) Vergl. Bd. XXXIII. d. Comment. S. 372 fg.

gern, daß er für diese das bisherige Recht bestehen lassen wollte, wofür denn auch der Umstand spricht, daß die Constitution aus dem J. 528 ist, in die (später angefertigten) Pandekten aber die Entscheidung eines römischen Juristen aufgenommen wurde, welche zunächst die Frage betraf: wie ein Kraft kaiserlicher Dispensation für einen taubstummen Descendenten errichtetes Testament auszulegen sey?

Die älteren Juristen pflegen auch noch zu fragen: ob für fatui (kindische, alberne, thörichte Menschen), oder für fanatici (Schwärmer und Enthusiasten, oder blind für eine Idee Begeisterte) dies besondere Recht gelte? Gewöhnlich lassen sie es bei einer schlechthin bejahenden oder verneinenden Antwort auf diese Frage bewenden [75]), wobei denn natürlich auf feste Prinzipien durchaus nicht gefußt werden kann. Folgende Ansicht dürfte darauf Anspruch machen, von einem sicheren Grunde auszugehen und daher denn auch zu festen Resultaten zu führen. Geistige Verwirrung oder Schwäche äußert sich unter so vielen Gestalten und hat so mancherlei Abstufungen, daß es nicht möglich ist, alle Symptome derselben auf absolute Begriffe zurückzuführen; nicht schwer dagegen ist zu erkennen, ob der geistige Zustand eines Menschen von der Beschaffenheit sey, daß daraus eine Unfähigkeit zu Rechtsgeschäften und zur selbstständigen Disposition über das Seine sich ergiebt und deshalb ihm ein Curator beigeordnet werden muß? Ist dies der Fall, so darf man unbedenklich das für furiosi ohne lichte Zwischenräume anerkannte Recht auf einen solchen Men-

75) Vergl. Stryk caut. test. Cap. XVIII. membr. III. §. 12.

schen anwenden, und deshalb pflegen denn auch wohl die Alten hier meistens den Ausdruck mente capti — die am Geiste Gelähmten — zu gebrauchen, ein Ausdruck, welcher buchstäblich alle und jede Grade geistiger Verwirrung und Schwäche umfaßt, die groß genug ist, um die Anordnung einer Curatel zu rechtfertigen.

Lib. XXVIII. Tit. VII.

De conditionibus institutionum.

§. 1457.

Begriff bedingter Erbeinsetzungen und deren Zulässigkeit.

Substitutionen haben den Charakter bedingter Erbeinsetzungen[76]; dies ist, wie es scheint, die Veranlassung geworden, an dieser Stelle die Lehre von bedingten Erbeinsetzungen überhaupt abzuhandeln[77]. Von dem Begriff und den mancherlei Eintheilungen einer Bedingung ist bereits an einer anderen Stelle dieses Commentars die Rede gewesen[78]; doch bleibt uns auch dafür noch eine Nachlese übrig.

76) S. Bd. 40. des Comment. S. 259. Not. 1.

77) Westenberg princip. jur. sec. ord. Dig. h. t. §. 1.

78) S. Bd. 4. d. Comment. §. 337 a. — 337 d. — In Beziehung auf die dort (S. 472. Not. 29.) angef. Literatur ist zu bemerken, daß die Schrift von *Fr.* Balduinus de conditionibus sich auch in der jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 323 sqq. findet, und hiernach citirt werden wird. Hinzuzufügen sind: *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 30 — 34. *Jo. Phil.* Slevogt diss. de

Die Ausdrücke Bedingung und conditio haben eine ganz allgemeine Bedeutung, welche hier nur in Beziehung auf Rechtsgeschäfte bestimmt werden soll. Demnach ist denn Bedingung: jeder Thatumstand, von welchem die Existenz oder die Wirksamkeit eines Rechts abhängt. Ob das Gesetz, oder ob Privatdisposition gewisse Rechte an einen Thatumstand knüpft, ist hierbei gleichgiltig; denn auch ein rechtliches Erforderniß, oder eine rechtliche Voraussetzung ist Bedingung eines Rechts[79]. Auch beruht es nicht etwa auf einem willkührlichen oder zufälligen Sprachgebrauch, sondern auf inneren Gesetzen der Sprache, daß Bedingung nicht blos für den bedingenden Thatumstand genommen wird, sondern auch für die (gesetzliche oder von Privatwillkühr ausgehende) Bestimmung oder Festsetzung desselben[80]; aufmerksam muß aber darauf gemacht werden, weil einzelne Begriffsbestimmungen und [illegible]

condit. institutionum. Jen. 1781. — Auch enthalten folgende Schriften außer jenem speziellen Gegenstande manche auf die ganze Lehre gehende Erörterungen: Wilh. Sell die Lehre von den unmöglichen Bedingungen (auch unter dem Titel: Versuche im Gebiete des Civilrechts. Bd. II. Giess. 1834.) *A. E.* Endemann comment. de implendae conditionis tempore. Marb. 1821.

79) S. z. B. L. 25. pr. D. *locati.* (XIX. 2.) L. 21. D. *de conditionibus, et demonstrationibus, et causis, et modis eorum, quae in testamento scribuntur.* (XXXV. 1.) S. auch unten die Noten 33—35. der folgenden Centurie.

80) Brissonius de V. S. v. conditio §. 8. — Vergl. Schilling Lehrb. f. Instit. u. Rechtsgesch. Bd. II. §. 81. zu Anfang. Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilr. Bd. I. (Gött. 1838.) §. 95. S. 278.

Eintheilungen von Bedingung i. e. S. einleuchtender erscheinen, wenn man darunter die Bestimmung der Thatsache versteht, von deren Eintritt Rechte oder Verbindlichkeiten abhängen sollen. — Nur jener engere Begriff von Bedingung, den man auch den eigentlichen nennen kann, verdient eine genauere Erwägung; denn daß alle rechtliche und factische Voraussetzungen für das Daseyn und die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts die Bedingungen desselben heißen, würde als eine höchst überflüßige Sprachbemerkung erscheinen, wenn blos dies unter Bedingung verstanden würde.

In unseren Rechtsquellen werden die conditionalia (negotia) aufs strengste unterschieden von den unbedingten, welche pura genannt werden [81]), und es versteht sich von selbst, daß dabei an einen engeren oder technischen Begriff von Bedingung gedacht ist, da jedes Rechtsgeschäft seine Bedingungen im w. S. hat; sehr bestimmt tritt dieser Gegensatz hervor in einer Stelle, worin es heißt: „*conditiones* — — non ex testamento venientes, — *non faciunt legata conditionalia*“ [82]), also: nicht alle und jede Bedingungen bewirken, daß ein Rechtsgeschäft ein conditionale sey. Dieser engere Begriff von conditio nun hat seine eigenthümliche juristische Bedeutung. Diese offenbart sich auf mehrfache Weise. — Erstlich: nicht alle Rechtsgeschäfte können bedingte seyn [83]). Daß zu diesen in frühester Zeit auch die Te-

81) S. z. B. L. 2. pr. D. *de in diem addict.* (XVIII. 2.) L. 30. §. 1. D. *de legat.* I.

82) L. 99. D. *de cond. et demonstr.*

83) S. z. B. L. 77. D. *de reg. jur.* — Vergl. auch Val. Fragm. §. 329.

stamente gehörten, mithin auch Alles darin Angeordnete, ist wenigstens im hohen Grade wahrscheinlich, da sie auf ähnliche Art, wie Gesetze, entstanden und die Bedeutung von leges hatten[84]); wobei denn gerne zugegeben werden mag, daß die gewöhnlich dafür angeführten Gründe nicht überzeugend sind[85]). Sei dem wie ihm wolle: nach unseren Rechtsquellen steht die Sache so, daß ein Erbe ex conditione (unter einer s. g. Suspensivbedingung) ernannt werden kann, nur nicht in conditionem, oder unter einer s. g. Resolutivbedingung[86]), eine reine Zeitbestimmung aber weder als dies ex quo, noch als dies ad quem Statt findet[87]). — Zweitens (und hauptsächlich) zeigt sich die Eigenthümlichkeit des Begriffs einer Bedingung im e. S. an der Wirkung:

1) sie suspendirt das Recht oder dessen Dauer; für letzteres kann man auch sagen: sie suspendirt das Wiederaufhören des Rechts. Hierauf beruht denn die bekannte Eintheilung der Bedingung in Suspensiv- und Resolutionsbedingungen. Beide haben das mit einander gemein, daß sie den Eintritt eines Erfolgs, wovon für ein fragliches Recht etwas abhängt, im Ungewissen lassen oder suspendiren, so daß man auf gewisse Weise jede Bedingung eine Suspensivbedingung nennen darf, die

84) S. Bd. 38. des Comment. S. 260. — Vergl. Göschen observ. jur. Rom. p. 67—70.

85) Vergl. hierüber Huschke im Rhein. Mus. Band VI. S. 325.

86) §. 9. J. *de heredib. inst.* — L. 88. in f. D. *de heredib. inst.* (Ueber die diesen Gegenstand betreffenden Streitfragen, s. unten §. 1465.)

87) L. 34. D. *de her. inst.* §. 9. J. *eod.*

entweder die Begründung oder den Erwerb eines Rechts hinausschiebt, oder dessen Auflösung[88]). Uebrigens pflegen die Alten diese Begriffe auf folgende Art zu umschreiben: **sub conditione contrahitur**, und: **sub conditione resolvitur negotium**[89]), auch wohl geradezu nur ein solches Geschäft, wodurch die Entstehung oder Begründung eines Rechts suspendirt wird, ein **conditionale** nennen, wo aber dies nicht der Fall, sondern nur eine Resolutivbedingung hinzugefügt ist, sagen sie: es sey ein **negotium** ***purum*** vorhanden, **quod** ***sub conditione resolvatur***[90]).

2) Der Eintritt des bedingenden Umstandes hat in der Regel die Wirkung, daß das Geschäft als ein unbedingt (pure) vollzogenes gilt, bei dem Nichteintreten desselben aber wird umgekehrt angenommen, es sey das Geschäft gar nicht zu Stande gekommen (s. übrigens die Note 93); der Erfolg m. a. W. hat hier rückwirkende Kraft[91]). Ist daher ein Vertrag unter einer Suspensiv-

88) Arg. L. 2. pr. D. *de in diem add.* — „sub conditione resolvitur." L. 1. D. *de lege commissaria* (XVIII, 3.) S. auch die folg. Note u. Thibaut civilist. Abhandl. Nr. XVII. I. S. 360.

89) L. 3. D. *de contr. emt.* (XVIII. 1.) L. 1. D. *de lege commissaria.* L. 1. §. 4. in f. D. *pro emt.* (XLI, 4.) — Vergl. auch L. 26. D. *h. t.* — „sub conditione heres institutus" — „legatum sub conditione relictum." — Uebrigens werden die Begriffe der s. g. Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen auch so bezeichnet: „vel *ex conditione*, vel *in conditionem.*

90) L. 2. pr. D. *de in diem add.* — Vergl. Schilling a. a. O. §. 81. Note g.

91) L. 105. D. *de cond. et dem.* L. 16. D. *de solut.*

bedingung eingegangen, so gewährt der Eintritt derselben dem Contrahenten, welcher durch den Vertrag erwerben soll, alle Rechte und Vortheile, die er gehabt hätte, wenn gleich Anfangs ohne Bedingung contrahirt wäre, tritt sie nicht ein, so muß er die inzwischen etwa gehabten Nutzungen restituiren, wie wenn er nur Verwalter einer fremden Sache gewesen wäre, ist aber auch seiner Seits von der Zahlung eines Aequivalents befreit, oder zur Zurückforderung des bereits gezahlten berechtigt [92]). Auf ähnliche Weise verhält es sich bei dem Vertrag, welchem eine Resolutivbedingung beigefügt ist, nämlich in Ansehung der Möglichkeit und der Wirksamkeit einer Wiederherstellung des früheren Zustandes: tritt die Bedingung ein, so wird nunmehr, in soweit dies überall möglich ist, dieser Zustand wieder reproduzirt, im umgekehrten Falle aber hat der den Rückerwerb bedingende Nebenvertrag (die s. g.

(XLVI, 3.) — §. 2. J. *quib. mod. infirm. test.* (S. auch die folg. Note.) Allerdings giebt es von dieser Regel Ausnahmen (vergl. mein Lehrb. des Pand.R. Bd. II. Not. 13.); zu diesen gehört denn auch die Bestimmung, daß der Vermächtnißnehmer an die Erzeugnisse der vermachten Sache in der Regel erst von dem Zeitpunkt an einen Anspruch zu machen hat, wenn die Bedingung eingetreten ist, L. 32. §. 1. D. *de leg. II.* L. 42. D. *de usur.* (XXII, 1.) Es erklärt sich dies wohl daraus, daß Vermächtnisse als Verminderungen der Rechte des Erben betrachtet werden (L. 116. pr. D. *de legat. I.*), weshalb denn der Erbe bis dahin sein volles Recht behalten soll, wo der eigentliche Grund dieser Verminderung eintritt.

92) L. 8. pr. D. *de per. et commodo rei vend.* (XVIII, 6.) — Vergl. mein Lehrb. der Pand. Bd. II. §. 339. Nr. I. 6.

Resolutivbedingung) gar keine Wirkung. — Doch sind hierbei folgende Limitationen zu bemerken: a) die rückwirkende Kraft bedingter Rechtsgeschäfte bezieht sich lediglich auf den Inhalt des Geschäfts, — auf die Frage: ob und welche Rechte daraus für den bedingt Berechtigten entstehen; sonstige Wirkungen, die davon abhängen, daß ein Geschäft überhaupt zu Stande gekommen sey, werden davon nicht berührt[93]). — b) Aber auch in Hinsicht auf das Verhältniß des bedingt Berechtigten selbst erleidet die rückwirkende Kraft des Eintritts einer Bedingung eine Beschränkung, und zwar in Folge der oben (unter 1) hervorgehobenen eigenthümlichen Wirkung der Bedingungen im e. S., daß während des Schwebens derselben das Recht (eines Erwerbes oder Rückerwerbes) suspendirt erscheint. Wenn nämlich, ehe die Bedingung eintritt, das Object durch Zufall zu Grunde geht, — wenn also zu der Zeit, wo das Recht verwirklicht werden sollte, der Gegenstand desselben überall nicht vorhanden ist, — so verliert das bedingte Rechtsgeschäft nothwendigerweise seine Wirkung[94]). Dies drückt man denn auch wohl so aus: bei der Suspensivbedingung trage der Verkäufer u. s. w. das peri-

93) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.* L. 16. D. *de inj. rupto irr. test.* (XXVIII, 3.) S. den folg. §. Nr. 1.

94) L. 8. pr. in f. D. *de per et commodo rei vend.* „Plane, si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit. Sane si exstat res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.“ — L. 2. in f. D. *de in diem add.* — L. 14. pr. D. *de novat.* (XLVI, 2.)

emtum casus, bei der Resolutivbedingung der Käufer u. s. w.[95]), was freylich nur heißt: da in jenem Falle der Kauf gar nicht gilt, wenn beim Eintritt der Bedingung das Object durch Zufall zerstört ist, so fällt hier die regelmäßige Verpflichtung eines Käufers weg, gleich nach abgeschlossenem Vertrage die Gefahr des Zufalls tragen, d. h. das Aequivalent zahlen zu müssen, wenngleich ihm das Kaufobject nicht mehr geleistet werden kann; und ähnlich verhält es sich bei der Resolutivbedingung in dem Falle, wenn zufällig das Object zu Grunde geht, d. h. beide Theile haben aus dem die Auflösung betreffenden Nebenvertrage keine Ansprüche weiter gegen einander.

Das Unterscheidende, oder die eigenthümliche Wirkung einer Bedingung im e. S. tritt freylich nicht bei allen Rechtsgeschäften auf gleiche Weise hervor. — Ein bedingtes Recht bleibt bis zum Eintritt der Bedingung suspendirt, bis dahin also eine — wenngleich juristisch begründete — Hoffnung. So sehr nun auch dafür gesorgt ist, daß jedem bedingt Berechtigten sein eventuelles Recht erhalten und dessen Wirksamkeit gesichert werde[96]), so kann doch in der Regel nur ein schon wirklich gewordenes Recht, nicht aber die bloße Hoffnung, Jemandem nach seinem Tode zu succediren (sey es titulo singulari oder universali), auf die Erben transmittirt werden[97]). Un-

95) S. mein Lehrb. a. a. O.

96) S. L. 5. pr. D. *de B. P. S. tab.* (XXXVII. 11.) u. Tit. Dig. *ut legatorum vel fideicommissorum causa caveatur.* (XXXVI. 3.)

97) §. 2. J. *quib. mod. test. infirm.* — L. 4. pr. : L. 5.

ders verhält es sich bei bedingten Verträgen, aus welchen das Recht in der Regel, eben so gut, wie jedes andere überhaupt transmissible Recht, auf die Erben übergeht[98]; Einschränkungen, die sich in dieser Hinsicht finden, hängen weniger mit der besonderen Natur der Bedingungen, als mit allgemeineren Gründen zusammen, welche bewirken, daß auch bedingte Vertragsrechte des Uebergangs auf die Erben nicht fähig sind, oder mit dem Tode erlöschen[99]. — Mit bedingten Rechten verwandt sind die durch eine Zeitbestimmung beschränkten (wie man jetzt öfter sagt, die betagten) Rechte. Die Zeitbestimmung (dies) kann dem Geschäft als Anfangstermin (s. g. terminus a quo) beigefügt seyn, oder als Endtermin (s. g. terminus ad quem); Beides wird in unseren Rechtsquellen auch auf ähnliche Weise bezeichnet, wie das, was wir Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung nennen, nämlich ex die und ad diem[100]. Aber das Unterscheidende

§. 2. D. *quando dies legat. vel fideic. ced.* (XXXVI, 2.) — Die Ausnahmen gehören nicht hieher. Vorläufig vergl. man mein Lehrb. der Pand. §. 709.

98) §. 4. J. *de verb. obl.* §. 25. *de inutilib. stipulat.* Dieser Unterschied zwischen einer contractlichen und testamentarischen Bedingung wird sehr bestimmt hervorgehoben in der L. 42. pr. D. *de O. et A.* (XLIV, 7.) „Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc, quum extiterit conditio: quamvis eum, qui stipulatus est sub conditione, placit etiam pendente conditione creditorem esse.“

99) Vergl. hierüber mein Lehrbuch der Pand. Bd. II. §. 339, zur Note 9 u. 10.

100) L. 34. D. *de hered. inst.* L. 44. §. 1. D. *de O. et*

zwischen Zeitbestimmungen und Bedingungen zeigt sich darin: bei jenem steht es fest, wann (zu welcher Zeit) ein Recht beginnt, und wann es wieder aufhört; es wird also hier nicht, wie bei den Bedingungen, Anfangs- oder End-Punct im Ungewissen gelassen, oder suspendirt (im eigentlichen Sinne). So wie daher bei Zeitbestimmungen alles fest bestimmt ist, so kann dabei auch von rückwirkender Kraft in dem oben bestimmten Sinne überall nicht die Rede seyn [1]). Ist nun ein Anfangstermin gesetzt, so existirt stets das Recht selbst schon vor Eintritt des Termins und nur seine Verwirklichung wird bis dahin hinausgeschoben [2]); dies wird auch sehr bezeichnend durch die bekannten Ausdrücke: dies cedit und dies venit ausgedrückt: „*Cedere* diem significat, *incipere deberi pecuniam*, *venire* diem significat, eum diem venisse, *quo pecunia peti possit*. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; *ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente*

A. — Auch die Cautionen finden hier Statt, wie bei Bedingungen; s. den in der Note 96 citirten Digestentitel, u. meine Pand. III. §. 739.

1) Mit einer solchen ipso jure eintretenden rückwirkenden Kraft ist es natürlich nicht zu verwechseln, wenn auf den Grund einer besondern Disposition nach Ablauf einer festbestimmten Zeit Jemandem eine Sache oder Summe mit Früchten und Zinsen geliefert werden soll.

2) Dies wird sehr bestimmt anerkannt, s. die folg. Note, und es ist nur kein ganz genauer Ausdruck, wenn es in der L. 44. §. 1. D. *de O. et A.* heißt: „ex die *incipit obligatio*“; es muß dabei hinzugedacht werden: *dandi*.

adhuc conditione[3]); und auch hierbei äußert sich die Wirkung des Unterschiedes wieder bedeutender bei letztwilligen Verfügungen, als bei Verträgen: vor eingetretener Bedingung wird ein bedingtes Vermächtniß nicht auf die Erben transmittirt, wohl aber vor Eintritt der Zeit[4]). Ohne Einfluß ist aber der Unterschied auch bei Vertragsrechten nicht, indem namentlich das Forderungsrecht auf die Erben des Gläubigers übergeht, wenn nur die Bestimmung des Zahlungstermins ganz in dessen Willkühr gestellt, nicht aber wenn die Existenz des Rechts selbst davon abhängig gemacht ist, wie dies der Fall seyn würde, wenn das Recht von einer durchaus willkührlichen Handlung (einer reinen Potestativ-Bedingung) des Gläubigers abhängen soll[5]). — Auch der s. g. terminus ad quem unterscheidet sich von der Resolutiv-Bedingung dadurch, daß der Erfolg nicht eigentlich suspendirt wird, sondern dessen Eintritt im Voraus fest bestimmt ist, daher denn auch von diesem Zeitpunct es abhängt, was dem Einen oder dem Anderen gebührt. Im Uebrigen hat der Eintritt des dies ad quem ganz die Wirkung der Resolutivbedingung; in beiden Fällen hört das Recht selbst auf, dessen Dauer an Zeit oder Bedingung geknüpft war. Es tritt folglich das unterscheidende Merkmal zwischen Bedingung und Zeitbestimmung viel bedeutsamer

3) L. 213. pr. D. *de verb. sign.* — Vergl. L. 5. D. *quando dies leg. vel. fideic. ced.* auch L. 21. pr. *eod.* — „*praesens debetur* — sed ante diem peti non potest."

4) L. 5. pr. u. §. 1. L. 7. pr. *quando dies leg.* u. s. w. L. un. §. 1. u. 5. C. *de cod. toll.* (VI, 51.)

5) L. 48. D. *de verb. obl.* — S. meine Pand. Bd. II. §. 339. Nr. II. c.

hervor bei der Suspensivbedingung und dem **terminus a quo**. Zwar wird bisweilen wohl unterschieden zwischen der sich auf das Recht selbst beziehenden Zeitbestimmung und einem bloßen Erfüllungstermin[6]); auch ist diese Unterscheidung nicht blos durch den Ausdruck der Quellen selbst veranlaßt[7]), sondern es liegt ihr auch ein richtiger Gedanke zu Grunde, wenngleich dieser eigentlich anders ausgedrückt werden sollte. — Ist einem Schuldner ein Zahlungstermin gesetzt (z. B. in Beziehung auf Rückzahlung einer Geldschuld), so sind die Ausdrücke: **praesens pecunia non debetur, in diem debetur** und ähnliche hier eben so passend und gewöhnlich, als bei den Obligationen, von welchen es heißt: **ex die incipiunt**[8]); allein auf gleiche Art werden selbst die eigentlich bedingten Obligationen mit denen zusammengestellt, wobei wegen des noch nicht eingetretenen Zahlungstermins die Forderung nicht möglich ist, eben weil vor Eintritt der Bedingung und des dies das Recht nicht geltend gemacht werden darf[9]). Nie wird aber da, wo von bloßen Zahlungsterminen die Rede ist, der Ausdruck gebraucht werden: die Obligatio sey *ex die*, oder unter einem s. g. **terminus a quo** begründet; immer erscheint das **ex die** oder **ad diem** als eine Beschränkung für den, welcher

6) So noch in der zweiten Aufl. meiner Pand. Bd. I. §. 110.

7) **L. 34. D.** *de hered. inst.* — **L. 5. §. 1. D.** *quando dies leg.* u. a.

8) S. z. B. **L. 8. §. 3. D.** *de pign. act.* (XIII, 7.) und **L. 17. §. 2. D.** *quae in fraud. cred.* (XLII, 8.) — Vergl. **L. 21. pr. D.** *quando dies leg.* (s. oben Note 3.)

9) **L. 9. pr. D.** *de reb. cred.* (XII, 1.) Vergl. auch unten Note 11.

ein Recht erwerben soll, oder erworben hat, auf ähnliche Art, wie bei bedingten Rechtsverhältnissen, weshalb denn auch hier die Ausdrücke: pendet und exstitit dies (wie pendet und exstitit conditio) gebraucht werden[10]), und von Geschäften, welche weder durch Bedingungen noch durch Zeitbestimmungen beschränkt sind es heißt: sie seyen pure geschlossen[11]). Wer möchte aber wohl sagen, es sey ein Rechtsgeschäft, wobei über die Leistungs- oder Rückzahlungszeit etwas festes bestimmt ist, nicht als purum negotium eingegangen? Auch ist es nicht ohne practische Folgen, daß man die ex die eingegangenen und die pure aber unter Hinzufügung eines bestimmten Erfüllungstermins eingegangenen Obligationen nicht miteinander verwechseln, wie denn dies namentlich von Einfluß auf die Frage ist: wann die mora debitoris beginne, oder: ob es dazu einer Interpellation bedürfe, oder nicht[12])? — Zu weit geht man indessen immer, wenn man eine obligatio ex die auch diejenige nennt, wobei das Recht selbst noch in suspenso bleibt und erst mit Eintritt des Termins beginnt; dadurch hebt man im Grunde den so wichtigen Unterschied zwischen betagten und bedingten Rechten ganz auf. Allerdings aber kann eine Zeitbestimmung die Bedeutung einer wahren Bedingung haben, insoferne man hierbei also lediglich auf den Ausdruck sieht, darf man allenfalls sagen: es könne

10) Gaji inst. I. §. 186. § 1. J. *de Atiliano tut.* L. 16. §. 1. D. *de cond. indeb.* (XII, 6.)

11) L. 45. pr. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV, 2.)

12) Siehe meine Pand. Bd. II. §. 355. Note 8.; vergl. mit v. Schröter in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß. Bd. IV. Nr. VII. u. Bd. VII. Nr. III.

auch von einem terminus a quo der Eintritt des Rechts selbst abhängen. Eine Zeitbestimmung ist nämlich entweder in aller Hinsicht fest und bestimmt, oder nicht. Im ersten Falle (z. B. Titius soll nach zehn Jahren eine gewisse Summe oder Sache erhalten, oder sein Recht soll nach zehn Jahren aufhören) ist die Verwechslung einer solchen Bestimmung mit einer bedingten durchaus unmöglich. Umgekehrt wird, ungeachtet des Ausdrucks, Niemand eine eigentliche Bedingung verkennen, wenn es hieße: Titius soll von dem Tage an, wo ihm dies oder jenes Staatsamt zu Theil werden wird, ein Jahrgehalt aus meinem Vermögen beziehen. Hierbei ist Alles ungewiß: ob Titius jemals ein solches Amt erhalten werde und zu welcher Zeit? und da er nothwendig diesen Zeitpunct erleben müßte, um das Recht geltend zu machen, so ist es gerade eben so gut, wie wenn die Disposition so lautete: ich setze ihm unter der Beding, daß er das Amt erhalten werde, ein Jahrgehalt aus. Zweifel über die eigentliche Willensmeinung des Disponenten können aber entstehen, wenn dabei auf die Person eines Dritten Rücksicht genommen ist (z. B. Titius soll an dem Tage, wo Cajus zum Consul erwählt werden wird, 1000 Thaler erhalten), besonders aber, wenn nur eine relative Ungewißheit vorhanden ist; dies ist der Fall, wenn es nur ungewiß ist, entweder ob etwas erfolgen werde (die quaestio an), oder wann es erfolgen werde (die quaestio quando); z. B. läßt sich die Zeit der Großjährigkeit eines Menschen, der gegenwärtig minderjährig ist, falls man dessen Alter kennt, mit völliger Gewißheit bestimmen, dagegen kann man nicht wissen, ob derselbe diesen Zeitpunct erleben werde. Umgekehrt ist der Tod jedem Menschen gewiß (die quaestio an also entschieden),

der Todestag dagegen ungewiß. In unseren Rechtsquellen nun ist die Regel aufgestellt: **dies incertus conditionem in testamento facit**[13]); also die ungewisse Zeitbestimmung hat die Bedeutung einer Bedingung. Auch kommt darauf an sich nichts an, ob die Zeit absolut ungewiß (ein s. g. **dies simpliciter incertus** beigefügt) ist, oder nur relativ[14]), außer daß ein auf den Todestag des Honorirten gestelltes Vermächtniß gleich einem unter gewisser Zeitbestimmung angeordneten gilt, folglich auf die Erben des Vermächtnißnehmers transmittirt wird[15]). Verträge werden aber stets nicht als bedingte, sondern als **conventiones ex die** behandelt, wenn keine Ungewißheit in Ansehung der **quaestio** *an* eintritt, sondern lediglich in Beziehung auf das W a n n; z. B. wenn die Leistung auf den Todestag eines Dritten gestellt ist[16]); was wohl eben wieder darin seinen Grund, daß hier überhaupt der Unterschied zwischen Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht so wichtig ist, wie bei letztwilligen Verfügungen. — Ueber den Grund nun der eben erwähnten Ausnahme bei letztwilligen Verfügungen äußerten sich die Alten selbst dahin: dies sey ein Ereigniß, das jedenfalls eintreten müsse[17]). Aber dasselbe kann man ja

13) L. 75. D. *de cond. et dem.* — L. 30. §. 4. D. *de leg. I. H.* DONELLUS comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 31. §. 4. sqq. — BALDUINUS l. l. p. 329 sqq.

14) L. 29. §. 1. D. *de condit. et dem.*

15) L. 79. pr. D. *de condit. et dem.* L. 4. §. 1. D. *quando dies leg.*

16) L. 10. L. 16. §. 1. L. 17. D. *de cond. int.* (XII, 6.)

17) „— non potest enim conditio non existere"; L. 79. pr. D. *de cond. et dem.*

auch sagen, wenn das Vermächtniß auf den Todestag eines Dritten gestellt wurde. Oder dachte man sich dabei etwa: jeder Mensch erlebt seinen eignen Todestag und darum darf man sagen, die Bedingung ist hier eingetreten? Es scheint dies fast so, indem auch diese Zeitbestimmung als Bedingung bezeichnet wird, aber als eine solche: **quae non potest non existere.** Indessen würde darin eine offenbare Sophisterei liegen; denn Niemand erlebt etwas, dessen er sich nicht bei seinem Leben als eines in der Vergangenheit liegenden Ereignisses bewußt werden kann. Der wahre Grund ist der. Die Regel: **dies incertus conditionem in testamento facit** spricht nur aus, was in der Regel anzunehmen sey, wenn nicht der Testator das Gegentheil wolle [18]). Man kann also sagen: bei Anordnungen der oben gedachten Art, ist es quaestio facti, ob der Testirer den Anfall des Rechts oder blos die Erfüllungszeit habe hinausschieben wollen; nur muß, um letzteres annehmen zu können, dies mit Sicherheit zu erkennen seyn, wenn es auch nicht gerade nöthig ist, daß der Testirer es ausdrücklich erkläre [19]).

18) Vergl. L. 21. pr. L. 22. pr. D. *quando dies leg.* mit L. 26. §. 1. eod. L. 46. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1.) L. 3. u. 5. C. *quando dies leg.* (VI, 53.) — S. die Noten 20. 21.

19) Vergl. Zimmern im Archiv für civilist. Pr. Bd. IX. Abh. XVIII. S. 362 fg. und die Rec. dieses Aufsatzes von Huschke in der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtsw. Bd. II. S. 182 fg.; (beide in der Hauptsache übereinstimmend, daß nämlich der Ausdruck allein nicht entscheide; nur tadelt Huschke es, daß Zimmern denselben, so wie die in den Quellen aufgestellten Regeln über die Bedeutung des dies incertus zu wenig berücksichtigen wolle. Er selbst

So kann z. B. die Anordnung: Jemand solle ein Vermächtniß haben, wenn er mündig geworden seyn werde, als Bedingung und als Zeitbestimmung interpretirt werden, und nur im Zweifel gilt sie als Bedingung [20]), wo aber überwiegende Gründe für das Gegentheil sprechen, transmittirt der vor Eintritt des Zeitpuncts mit Tode abgegangene Vermächtnißnehmer sein Recht auf seinen Erben [21]). Gesetzt nun der Erblasser setzt dem

will die nur wahrscheinliche Absicht des Testirers blos alsdann berücksichtigt wissen, wenn die Ungewißheit lediglich die quaestio *quando* betrifft, wogegen, wenn das Ob zweifelhaft sey, das Recht immer für ein bedingtes gelten müsse, falls nicht klar erwiesen werden könne, der Erblasser hätte sich wider seinen Willen schief ausgedrückt.) S. auch Sell a. a. O. S. 12—15.

20) Beispiele s. L. 21. pr. D. *quando dies leg. v. fideic.* („veluti, *quum pubes* erit".) L. 22. pr. *eod.* („Si Titio, *quum is annorum quatuordecim esset factus*, legatum fuerit —. —. Nec interest, utrum scribatur: si annorum quatuordecim factus erit, an ita: quum" u. s. w.)

21) Bei der im Justin. Rechte erfolgten Gleichstellung der Singular-Fideicommisse und Legate ist es nicht leicht, Bestimmungen, wie die in der L. 46. D. *ad Sct. Treb.* enthaltene (— „petiit, ut filio suo, *quum ad annos sedecim pervenisset*, hereditatem restitueret"), welche als unbedingte interpretirt werden, von den obigen (s. die vor. Note) zu unterscheiden. Jedoch können wir hieraus, so wie aus anderen Stellen (z. B. L. 26. §. 1. D. *quando dies* und L. 5. C. *eod.* „quae legata *accipere* debebit, quum ad legitimum statum pervenerit") die Regel entnehmen, daß, so oft die Ausdrücke eher auf die Zeit der Auszahlung als auf den Eintritt

Honorirten auf dessen Todestag ein Vermächtniß aus, so kann dies sehr füglich die Bedeutung haben: das Vermächtniß sey, wenn auch schon früher deferirt, doch erst

des Rechts zu beziehen sind, die Verfügung für eine unbedingte gelte. Daß in dieser Hinsicht kein zu großes Gewicht auf den Unterschied des an und des quando zu legen sey (wie dies Huschke will), beweisen die hervorgehobenen Stellen. — Uebrigens ergiebt sich hieraus, daß auch die röm. Juristen nicht selten verschiedener Meinung darüber waren, ob eine Verfügung als bedingte auszulegen sey, oder nicht? Nur die L. 54. pr. D. de cond. dem. enthält dafür kein Beispiel, wie gleichwohl gewöhnlich angenommen wird (z. B. von Westphal von Vermächtnissen u. Fideicommissen I. §. 566. Sell a. a. O. S. 15. Roßhirt Lehre von den Vermächtnissen S. 404). Sie spricht von einem Falle, wo der Erblasser die Ausbezahlung der Vermächtnisse in drei jährigen Terminen (annua, bima, trima die) anbefohlen, daneben aber Jemanden ein Vermächtniß unter der Bestimmung: quum pubes esset, ausgesetzt hatte. Daß dieses ein bedingtes sey, wurde gewiß nicht bezweifelt, wohl aber, ob hierauf auch die Bestimmung wegen der terminsweisen Auszahlung anzuwenden sey? was denn der Jurist verneint, indem die Termine nach der wahrscheinlichen Absicht des Erblassers nur auf die Vermächtnisse „quae ad praesens tempus, non etiam quae in futurum" zu beziehen seyen. S. Pothier ad tit. de leg. et fideicommiss. Nr. 225. — Noch ist zu bemerken, daß, wenn eine Zeitbestimmung die Natur einer Bedingung hat, aber die Zeit noch nicht abgelaufen war, als der bedingende Umstand eintrat (z. B. zehn Jahre nach seiner Großjährigkeit), bis zum vollen Ablauf der Zeit mit der Auszahlung gewartet werden muß, so daß also die Wirkung von Bedingung und Zeitbestimmung sich hier vereinigt finden; s. z. B. L. 4. §. 1. D. *de cond. et dem.* — Westphal a. a. O. §. 565.

am Todestage des Honorirten fällig, könne mithin nun erst gefordert werden, — und darum muß es auch so ausgelegt werden, indem doch das wohl anzunehmen ist, daß der Erblasser in der That beabsichtigte, dem Honorirten etwas zuzuwenden; diese Absicht aber würde nicht realisirt werden, wenn man das Vermächtniß als ein bedingtes betrachten wollte, indem alsdann der Eintritt der Bedingung erlebt werden müßte, um das Recht transmittiren zu können. Uebrigens muß die Absicht des Disponenten ausführbar seyn und nicht mit anderen Rechtsgrundsätzen im Widerspruch stehen; dies ist der Fall, so oft eine absolute Ungewißheit in Ansehung des Eintritts der Zeit vorhanden ist; gesetzt auch das ungewisse Ereigniß wird auf die Person eines Dritten gestellt (z. B. an dem Tage, wo man den Titius zum Consul wählen wird, sollen dem Mevius 1000 ausgezahlt werden). Denn wie der Testirer dies auch verstanden haben möge, so kann doch nimmermehr etwas als Zeitbestimmung betrachtet werden, was bis zum Eintritt eines künftigen Erfolges nothwendig und in aller Beziehung ungewiß bleiben muß. — Es verdient noch bemerkt zu werden, daß eine Zeitbestimmung dadurch nicht aufhört, eine in aller Hinsicht gewisse zu seyn, daß ein der Zeit des Eintritts nach noch ungewisses Ereigniß, von wo ab der Termin ohnehin nur berechnet werden kann, in der Disposition ausdrücklich genannt ist. So versteht es sich von selbst, daß in der Regel alle in einem Testamente angeordneten Zeitbestimmungen erst mit dem Tode des Erblassers anfangen zu laufen; daß der Testirer dies ausdrücklich bestimmt (z. B. fünf Jahre nach meinem Tode), ändert hierin nichts[22].

22) §. 9. J. *de her. inst.* (—„post quinquennium, quam moriar“). S. unten §. 1465.

Diese Erörterungen über die eigenthümlichen Wirkungen einer Bedingung und über den Unterschied derselben von den damit verwandten Zeitbestimmungen waren nöthig, um daran

drittens den eigenthümlichen Begriff einer Bedingung im engeren Sinne zu knüpfen. Dafür kann nämlich

1) nur diejenige Nebenbestimmung gelten, wodurch der von den Disponenten daran geknüpfte Erfolg wirklich suspendirt erscheint. Daher leiden die eigenthümlichen Grundsätze von Bedingungen auf die s. g. **conditiones in praesens vel in praeteritum** *collata* keine Anwendung; es wird dadurch also das Recht nicht suspendirt, sondern es muß sich sofort ergeben, ob der bedingende Thatumstand eingetreten sey oder nicht, so daß im ersten Falle das Geschäft als ein **purum** besteht, im letzteren von selbst null und nichtig ist[23]). Indessen darf dies nicht so verstanden werden, als ob ein Rechtsgeschäft lediglich dadurch die Natur eines unbedingten erhalte, weil die Thatsache, an welche der Erfolg geknüpft wird, zur Zeit der Disposition wirklich schon eingetreten war. So ist nämlich nur bei Potestativbedingungen es durchaus erforderlich, daß sie erst nach dem Tode des Erblassers erfüllt werden; bei den übrigen genügt es in der Regel, wenn sie auch schon beim Leben des Erblassers in Erfül-

23) §. 6. J. *de verb. obl.* „Conditiones, quae ad praeteritum vel ad praesens tempus referuntur, *aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt.*" — L. 37. D. *de reb. cred.* (XXII. 6.) L. 100. D. *de verb. obl.* (XLV, 1.) L. 16. D. *de inj. rupto irr. f. test.* — Vergl. auch den folgenden §. Nr. 1.

lung gehen[24]); ja selbst, wenn sie zur Zeit der Testaments-errichtung schon eingetreten sind, falls nur dem Testirer dies unbekannt geblieben ist: „Si sic legatum sit: *si navis ex Asia venerit*, et ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore, dicendum, pro impleta haberi. Et si cui sic legatum est: *quum pubes erit*, simili modo hoc erit dicendum“[25]). Das Bedingende liegt hier also darin, daß der Testirer oder Contrahent sich die Thatsache als noch nicht existirend und ungewiß gedacht und so bezeichnet hat; dann ist die Verfügung eine bedingte, im entgegengesetzten Falle eine unbedingte. „Quum *ad praesens tempus conditio confertur*, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent; veluti, si rex Parthorum vivit, centum mihi dare spondes? Eadem sunt, et quum in praeteritum conditio confertur — —. Itaque tunc potestatem conditionis obtinet; *quum in futurum confertur*“[26]). In Beziehung auf die Wirkung des Rechts an sich nun ist es gleichgiltig, ob die conditio in praesens collata oder eine eigentliche Bedingung erfüllt ist[27]). Allein ohne

24) L. 2. L. 11. §. 1. D. *de cond. et dem.*
25) L. 10. §. 1. D. *eod.*
26) L. 37. u. 39. D. *de reb. cred.* — A. M. sind Endemann l. l. §. 3. u. Sell a. a. O. S. 28. Note 3. S. indessen unten S. 75 u. das. Note 50.
27) L. 11. pr. D. *de cond. et dem.* „Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator, quae iterum fieri possunt, exspectentur ut fiant, si vero nesciat, praesenti debentur“. — L. 16. D. *de inj. et c. test.* — S. Bd. 38. d. Comment. S. 350—357.

practischen Einfluß ist selbst in diesem Falle der Unterschied nicht. Ist nämlich ein Geschäft wegen Hinzufügung einer Bedingung ungiltig, so muß dies stets der Fall seyn, wenn die Wirkung des Geschäfts von einem als ungewiß gedachten Umstande abhängig gemacht wird (quum in futurum confertur conditio), es mag der bedingende Thatumstand zur Zeit der Verfügung bereits eingetreten seyn, oder nicht, wogegen die conditio in praesens oder praeteritum collata der Giltigkeit des Geschäfts nicht im Wege steht[28]). Erheblicher noch erweis't sich der Unterschied in dem Falle, wenn der bedingende Umstand nicht eingetreten ist[29]).

Eben so wenig macht

2) eine Bedingung, welche mit Nothwendigkeit eintreten muß (conditio, quae omni modo exstitura est, oder s. g. necessaria conditio) das Geschäft zu einem eigentlich bedingten[30]). Ein Umstand, dessen Eintritt schlechthin nothwendig, wovon das Gegentheil also unmöglich ist, kann die Existenz eines Rechts nicht suspendiren, die darauf gestellte Bedingung muß mithin als gar nicht vorhanden betrachtet werden, z. B. wenn es je wieder regnen sollte[31]). Als Bedingungen dieser Art sind übrigens auch die gewöhnlich s. g. negativ gestellten unmöglichen Bedingungen anzusehen, nämlich diejenigen, wodurch das Nichteintreten dessen zur Bedingung gemacht

28) L. 10. §. 1. D. *de cond. et dem.*

29) S. L. 16. D. *de inj. eto. test.* und den folgenden §. Nr. 1.

30) L. 18. D. *de cond. indeb.* L. 9. §. 1. D. *de novat.* (XCVI. 2.)

31) Vergl. den folg. §. Nr. 2.

wird, was unmöglich geschehen kann (z. B. si Titius mare non ebiberit), indem das Gegentheil des Unmöglichen schlechthin nothwendig ist[32]).

Es mußte endlich oben schon bemerkt werden

3) daß die natürlichen und rechtlichen Voraussetzungen eines Geschäfts — die tacitae conditiones[33]), oder juris conditiones[34]), an sich nicht die Bedeutung eigentlicher Bedingungen haben[35]). So ist es eine sich von selbst verstehende Bedingung beim Kauf, daß der Käufer das Kaufgeld zahle; so hängt die Wirksamkeit eines Vermächtnisses in der Regel davon ab, daß der Testamentserbe die Erbschaft erwerbe: aber deswegen kann man weder das Recht des Käufers vor erfolgter Bezahlung, noch das Recht des Vermächtnißnehmers vor erfolgtem Erbschaftsantritt ein bedingtes nennen, selbst dann nicht einmal, wenn das, was sich von selbst versteht, als Bedingung ausgedrückt seyn sollte[36]). Hieraus insonderheit nun abstrahirt man das Merkmal einer Bedingung im engeren Sinne, daß der bedingende Umstand kein sich von selbst verstehender seyn dürfe und pflegt

32) S. z. B. §. 11. D. *de inutil. stipul.* L. 50. §. 1. D. *de hered. inst.*

33) L. 68. D. *de jure dot.* (XXXIII. 3.) S. unten die Note 40.

34) Diesen werden die eigentlichen Bedingungen als „facti conditiones“ entgegengesetzt; L. 21. D. *de cond. et dem.*

35) Beispiele enthalten (außer den in den beiden voraufg. Noten angef.) L. 6. §. 1. D. *de tut.* (XXVI. 1.) L. 22. §. 1. D. *quando dies leg.*

36) L. 21. §. 1. L. 22. §. 1. D. *quando dies leg.* — S. übrigens unten die Ausführung unter b. S. 69 fg.

dies mit in den Begriff einer Bedingung aufzunehmen [37]); dabei denn aber folgende Modificationen anzuführen: jede Zusage, deren Erfolg von einer noch ungewissen Begebenheit abhänge, sey abgesehen von der rückwirkenden Kraft einer Bedingung als bedingter Vertrag zu behandeln, bei letztwilligen Verfügungen aber werde bisweilen ein zur Natur des Rechts gehöriger aber bedingungsweise ausgedrückter Umstand einer wirklichen Bedingung gleichgesetzt [38]). Indessen dürfte eine genauere Erwägung des Begriffs von Bedingungen im e. S. und des Inhalts unserer Rechtsquellen folgende Ansicht rechtfertigen:

a) Es giebt sich von selbst verstehende Bedingungen (tacitae conditiones), wobei nach der Natur des Rechtsverhältnisses bis zum Eintritt eines noch ungewissen Ereignisses das Recht selbst suspendirt bleiben muß. So hängt z. B. die Realisirung eines Dotalversprechens davon ab, daß eine rechtlich giltige Ehe vorhanden sey, oder künftig eingegangen werde [39]), vorher ist ein fester und sicherer Anspruch auf die dos noch nicht vorhanden [40]). Hieraus ergiebt sich nun allerdings eine innere Verwandtschaft solcher Rechtsverhältnisse mit den eigentlich bedingten; immer aber hat dies Suspendiren seinen Grund in

37) S. Thibaut Pand. I. §. 88. u. meine Pand. I. §. 105.

38) So noch in der zweiten Aufl. meiner Pand. I. §. 105.

39) L. 3. L. 41. §. 1. D. *de jur. dot.*

40) L. 21. *eod.* — Daß dennoch die Bestellung einer Dos vor der Ehe Wirkungen haben und Rechte und Vortheile dem Inhaber gewähren können (s. meine Pand. Bd. III. §. 530.), daß sogar eine Forderung darauf schon vor der Ehe begründet seyn kann (L. 71. §. 3. D. *de cond. et dem.* 1.) ändert hierin wesentlich nichts.

der Natur des Rechts selbst, — darin, daß eine dos ohne Heirath nicht eigentlich gedacht werden kann, weshalb denn auch mit Eintritt dieser stillschweigenden Bedingung das Recht erst anfängt zu existiren, nicht aber die Wirkung desselben auf einen früheren Zeitpunct zurückgezogen wird. Man sollte es daher vermeiden, hievon, wie von einer Ausnahme zu sprechen.

b) Daß ein Umstand, welcher sich eigentlich von selbst versteht, dadurch, daß er bedingungsweise ausgedrückt wird, auch die Bedeutung einer Bedingung im eigentlichen Sinne erhalten kann, gilt nicht blos von letztwilligen Verfügungen, sondern es ist dies auch bei Verträgen möglich. Als Beispiel möge die **Lex commissoria** beim Kaufvertrage genannt werden; der Verkäufer z. B. bedingt: „**si ad diem pecunia soluta non erit, fundus inemtus sit**"[41]. In der Regel hat die **Lex commissoria** hier die Wirkung einer Resolutivbedingung, wenn nicht ausgemacht ist, oder aus den Umständen sich ergiebt, daß der Kauf dadurch suspendirt seyn solle. Doch kommt darauf nichts an, da ja auch die Resolutivbedingung die Wirkung des Kaufs **in suspenso** läßt. Genug, es ist eine sich von selbst verstehende Voraussetzung — ein **naturale negotii** — daß der Käufer den Kaufpreis nach der Verabredung zahle, und dennoch kann dieser Umstand zur Bedingung gemacht werden. Aber zu welchem Zweck? Um daran einen Erfolg zu knüpfen, der sich nicht von selbst versteht; denn ohne die **Lex commissoria** würde der Verkäufer nur auf Zahlung des Kaufpreises klagen dürfen. — Aehnlich verhält sich die Sache bei letztwilligen Verfügungen. So versteht es sich z. B. von selbst,

41) L. 2. D. *de lege commissor.*

daß es ganz von dem Willen eines Vermächtnißnehmers abhängt, ob er das Vermächtniß annehmen wolle, oder nicht; und dennoch wird das Vermächtniß zu einem eigentlich bedingten dadurch, daß die Bedingung: wenn der Honorirte es haben will, dabei ausgedrückt wird. Auch hier ist die Wirkung eine andere, als wenn die Bedingung nicht hinzugefügt wird, indem das Recht regelmäßig schon vor erfolgter Annahme auf die Erben transmittirt wird, die Bedingung si volet aber die Wirkung hat, daß der Honorirte sich erst erklären muß. „*Illi, si volet Stichum do* (so lautete die Verfügung); conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adjectione: *si volet*, legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur; aliud est enim juris, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimitur“[42]). Damit aber die sich von selbst verstehende Bedingung die Bedeutung einer eigentlichen Bedingung erhalte, ist zweierlei erforderlich. Erstlich muß sie bedingungsweise ausgedrückt seyn, es auch keinem Zweifel unterliegen, daß dadurch ein sich nicht schon von selbst verstehender Erfolg habe herbeigeführt werden sollen. Die Erklärung des Verkäufers z. B.: ich überlasse dir die Sache, wenn du mir dafür 100 Thaler giebst, begründet ungeachtet dieses bedingenden Ausdrucks noch keinen bedingten Kauf; ist ein solcher gemeint, so bedarf es hierüber einer näheren Bestimmung, also entweder einer ausdrücklichen Erklärung, oder doch einer solchen, die nicht füglich anders verstanden werden kann, z. B. wenn du binnen vier Wo-

42) L. 65. §. 1. D. *de leg. I.* — L. 69. D. *de cond. et dem.*

chen den Kaufpreis zahlst, so soll die Sache die deinige seyn. Eben so bei letztwilligen Verfügungen. Die Bestimmung: die Sache solle dem Titius vermacht seyn, wenn er das Vermächtniß annehme, läßt schwerlich eine andere Auslegung zu, als die obige; ist es dagegen zweifelhaft, wie der Testirer es gemeint habe, so gilt das Vermächtniß ungeachtet des bedingenden Ausdrucks nicht für ein bedingtes, falls sich nicht das Gegentheil nachweisen läßt. „Haec scriptura: *si Primus heres erit, damnas esto dare*, pro conditione non est accipienda; magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam conditionem inseruit, *nisi forte hoc animo fuerit testator, ut faceret conditionem*“ [43]). — Zweitens: es muß aber auch ein Erfolg davon abhängig gemacht werden können, der sich nicht schon von selbst versteht; ist dieß nicht der Fall, so kann die tacita conditio nie die Bedeutung einer wahren Bedingung erhalten. „Verba haec: *Publius Maevius, si volet, heres esto*, in necessario conditionum faciunt, ut, si nolit, heres non existat. Nam in voluntaria heredis persona *frustra adduntur*, quum, *et si non fuerint addita, invitus non efficiatur heres*“ [44]). Da ein suus heres ipso jure Erbe wird, so hat hier der Zusatz: si volet, heres esto, Sinn und Bedeutung; denn ungeachtet er von der ihm ipso jure erworbenen Erbschaft sich wieder lossagen kann und insoferne die Bedingung: si volet, heres esto, als eine sich von selbst verstehende erscheint, so knüpfen

43) L. 19. §. 1. D. *de cond. et dem.* (S. auch den folg §. Nr. 3.)

44) L. 12. D. *h. t.*

sich daran doch wichtige rechtliche Folgen. Wer ipso jure die Erbschaft erworben hat (selbst ohne einmal die Delation zu kennen) transmittirt sie auf seine Erben; ist dagegen die Einsetzung eines suus heres unter der (als Potestativbedingung zulässigen) Bedingung: wenn er die Erbschaft haben will, erfolgt, so erwirbt und transmittirt er, gleich einem extraneus oder voluntarius heres, erst in Folge einer auf Erwerbung gerichteten Erklärung das ihm angefallene Erbrecht[45]). Die Einsetzung eines Extraneus aber unter der obigen Bedingung kann für ihn keine Folgen erzeugen, die sich nicht schon von selbst verstehen, indem (abgesehen von den ausserordentlichen Transmissionsfällen) überhaupt erst ein Recht für ihn durch die Erklärung, daß er die Erbschaft haben wolle, entsteht, mithin konnte der Jurist mit Recht jene Bedingung für eine durchaus wirkungslose erklären[46]).

Knüpfen wir nun hieran den Begriff einer Bedingung im engeren Sinne, so möchte der jetzt gebräuchliche Zusatz: der Umstand, wovon das Recht abhängig gemacht werde, dürfe nicht ein nach der Natur des Rechtsverhältnisses sich von selbst verstehender seyn, schwerlich gerechtfertigt erscheinen. Aber auch das ergiebt sich aus der vorstehenden Ausführung, daß — um nicht von Ausnahmen, die es überall nicht giebt, sprechen, oder wohl

45) S. auch L. 86. §. 1. D. *de her. inst.* „— hic subjungitur, suis ita heredibus institutis, si voluerint heredes esse, *non permittendum amplius abstinere se hereditate*“. —

46) Für einen Legatar können allerdings Folgen von einer solchen dem extraneus heres gestellten Bedingung abhängen (s. den folg. §.). Doch hat der Jurist (in der L. 12. D. *h. t.*) nur das Recht des Erben selbst vor Augen.

gar Widersprüche der Quellen annehmen zu müssen — den Begriff nicht sowohl auf den bedingenden Umstand, als auf die bedingende Verfügung selbst zu beziehen ist (s. oben Not. 80). Dies geschieht denn auch von Vielen, indem sie Bedingung im engeren und eigentlichen Sinne für die Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts erklären, wodurch ein Recht von dem Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen noch ungewissen Ereignisses abhängig gemacht wird[47]). Freilich wird man auch hierbei noch unwillkührlich an die Worte Javolen's erinnert: „**Omnis definitio in jure civili periculosa est, parum est enim, ut non subverti possit**“[48]). Denn jedenfalls wird nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, daß die Begriffe Gewißheit und Ungewißheit hier nicht im absoluten Sinne zu nehmen seien, sondern nach der Vorstellungsweise des Erklärenden, m. a. W. daß auch hierbei der Begriff nicht auf den bedingenden Umstand selbst, sondern auf die **conceptio verborum** zu beziehen sei (s. oben den Text zu den Noten 23—29). Um dergleichen Erläuterungen zu vermeiden, würde man den Begriff etwa so fassen können: Bedingung ist jede Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts: wodurch ein Recht oder dessen Dauer von einem künftigen und ungewissen (oder als künftig und ungewiß gedachten) Umstande abhängig gemacht wird.

47) So von Glück a. a. O. und unter den Neueren v. Wening Lehrb. §. 88. WARNKOENIG Pand. I. §. 144. Seuffert Lehrb. §. 76. Haimberger röm. Privatr. §. 90. — Doch ist es höchst inconsequent, wenn hinterher dann doch erwähnt wird, ein nach der Natur des Rechts sich von selbst verstehender Umstand könne nicht als Bedingung ausgedrückt werden.

48) L. 102. D. *de reg. jur.*

§. 1458.

Folgesätze aus den bisherigen Erörterungen.

Es ist im Vorstehenden ausgeführt, daß eine conditio in praeteritum vel in praesens *collata*, ferner eine s. g. necessaria, auch eine tacita oder juris conditio an und für sich ein Rechtsgeschäft, nicht zu einem eigentlich bedingten machen. Wenn also in einem Testamente (denn auf letztwillige Verfügungen müssen sich die jetzt folgenden Erörterungen im Wesentlichen beschränken) 1) ein Erbe unter einer conditio in praesens oder in praeteritum collata eingesetzt ist, so besteht sie entweder sofort als eine unbedingte, oder sie gilt gar nicht, je nachdem der bedingende Umstand eingetreten oder nicht eingetreten ist. Im letzteren Falle nun ist das Testament als überhaupt nicht existirend anzusehen, und hier offenbart sich denn eine höchst wichtige Verschiedenheit zwischen einer eigentlich bedingten Erbeinsetzung und einer solchen, wovon jetzt die Rede ist. Gesetzt nämlich, es war früher schon ein Testament errichtet, so wird dies durch ein späteres mit bedingter Erbeinsetzung von selbst aufgehoben und bleibt es auch, ungeachtet die Bedingung nicht eintritt; wogegen, wenn die Bedingung auf einen bereits der Vergangenheit angehörigen Umstand bezogen wird, und sich ergiebt, daß derselbe nicht eingetreten war, nunmehr das Testament als überall nicht existirend betrachtet wird, mithin auch keine Ruption eintritt [49]).

49) Dies ist der wesentliche Inhalt einer Stelle von Pomponius, der L. 16. D. *de injusto, rupto, irr. test.*, welche bereits im 28. Bande des Comment. (§. 1430. S. 350 — 357.) ausführlich und unter Berücksichtigung der kritischen Schwierigkeiten erklärt ist.

Nach dem oben (§. 1457) gegebenen Begriff dieser s. g. Bedingungen muß übrigens das Gegentheil angenommen werden, wenn der Testirer die Bedingung auf ein künftiges Ereigniß gestellt hat, ohne zu wissen, daß dieses bereits eingetreten war, und zwar auf eine Weise, wonach die Bedingung für defizirend gehalten werden muß. Z. B. ich setze meinen Vetter zum Erben ein, wenn die jetzt gegen ihn obschwebende Criminaluntersuchung einen ihm günstigen Ausgang haben wird. Gesetzt also, es war die Untersuchung bereits zur Zeit der Testamentserrichtung beendigt, und zwar gegen den eingesetzten Erben ausgefallen, so würde nichts destoweniger angenommen werden müssen, daß durch ein solches Testament das früher errichtete zerstört sei. Denn es wird mit Bestimmtheit in unsern Quellen hervorgehoben, daß bei den **conditiones in praesens vel in praeteritum collatae** der Ausdruck entscheide, — es wird m. a. W. alles Gewicht auf das *conferre* in **praeteritum** oder **in futurum** gelegt, und diesem gemäß wird denn eine zur Zeit der Testamentserrichtung erfüllte Bedingung als eigentliche Bedingung betrachtet, wenn der Disponent den bedingenden Umstand als einen künftigen und noch ungewissen bezeichnete[50]), woraus denn

50) L. 10. §. 1. L. 11. §. 1. D. *de cond. et dem.* — Dem practischen Resultate nach ist freilich, bei eingetretener Bedingung, kein Unterschied zwischen der in praeteritum und in futurum gestellten Bedingungen vorhanden; und in soferne heißt es in der L. 11. pr. *ead.* — „si vero nesciat, *praesenti* debentur“. Dies und nichts Anderes will auch Averanius (interpr. jur. Lib. IV. c. 28. §. 2., auf welchen Endemann l. l. p. 34. sich beruft) nur ausdrücken, wenn er sagt: „Cr

mit logischer Nothwendigkeit das Nämliche in Ansehung der nicht eingetretenen Bedingungen dieser Art sich ergiebt.

2) Daß eine s. g. necessaria conditio (die schlechterdings in Erfüllung gehen muß) gar keine Wirkung habe, auch wenn sie ausgedrückt ist, wird sehr bestimmt anerkannt, sowohl für Verträge[51]) als für letztwillige Verfügungen. So wird namentlich gesagt: eine Stipulation unter der Bedingung, *si in coelum non ascenderis*, sei „utilis et praesens"[52]), und auf ähnliche Weise heißt es bei Ulpian: „Si *in non faciendo impossibilis conditio* institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset"[53]); denn eine

haec conditio ignorante testatore jam exstiterit, non facit dispositionem conditionalem, *aut saltem pro impleta habetur*". — Sell, welcher gleichfalls der Meinung von Eudemann ist (a. a. O. S. 28. Note 3.) beruft sich dafür auf §. 6. J. eod. L. 120. D. *de verb. obl.* Indessen in beiden Stellen ist ebenfalls von einem *referre* ad praesens vel praeteritum tempus die Rede, und wenn in der letzteren gesagt wird: quae per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, *licet apud nos incerta sint*, so heißt dies nur: ist eine Bedingung eingetreten, so macht es keinen Unterschied, ob der Urheber des Rechtsgeschäfts dies wußte, oder nicht. Wer eine Bedingung in praeteritum stellt, ist eben so gut im Ungewissen über den Erfolg, als wenn er von einem künftig erst eintretenden Ereignisse ein Recht abhängig macht.

51) L. 9. §. 1. D. *de novat.* (XCVI. 2.) L. 7. D. *de V. O.* (XLV. 1.) §. 11. J. *de inutilib. stipul.*

52) L. 7. in f. D. *de V. O.*

53) L. 50. §. 1. D. *de heredib. instit.* (XXVIII. 5.)

Bedingung muß nothwendig in Erfüllung gehen, wenn ihre Nichterfüllung factisch unmöglich ist (s. den vor. §.). Wie aber verhält es sich nun bei affirmativer Fassung solcher Bedingungen? Daß man diese nicht zu den nothwendigen Bedingungen zählen kann, versteht sich von selbst; allein das Gegentheil derselben ist nothwendig, indem es nicht möglich ist, daß diese Bedingungen erfüllt werden können, — es ist eben so wenig eine Ungewißheit über den Erfolg vorhanden, wenn es heißt: **si in coelum ascenderis**, als wenn die Bedingung lautet: **si coelum *non* ascenderis**, beides erscheint gleich leer und nichtssagend, und, wie man im ersten Falle sagen kann: die Erfüllung ist unmöglich so im letzteren: die Nichterfüllung ist unmöglich. In der That wird auch von Mehreren der Satz aufgestellt: die eigentlich unmöglichen Bedingungen seien keine Bedingungen im eigentlichen Sinne[54]). Soll diese Behauptung gegründet seyn, so muß nachgewiesen werden können, daß eine solche Bedingung für alle und jede Rechtsgeschäfte gleiche Wirkungen erzeuge, also **pro non scripta** zu halten sei; sonst ist sie falsch. Jenes ist nun zwar bisweilen behauptet[55]), bewiesen aber noch von Niemanden, wie dies selbst von denen zugegeben wird, welche sonst der Meinung sind: unmögliche Bedingungen seien gar keine[56]). Nun steht aber nach den klarsten Stellen fest, daß blos bei letztwilligen Verfügungen Ungiltigkeit der Nebenbestimmung, Giltigkeit der

54) So von Hellfeld in diesem §. u. von Sell Lehre von den unmöglichen Bedingungen §. 5. (S. auch den folg. §.)

55) *J. T.* Richter D. de conditione impossibili contractum non vitiante. Lips. 1747.

56) Sell a. a. O. §. 6. S. 31. Note 3.

Disposition angenommen wurde, bei Verträgen dagegen es sich anders verhielte; diese selbst werden nämlich als gar nicht existirend betrachtet[57]). Allerdings war es schon unter den alten Juristen streitig, ob eine solche Bedingung Berücksichtigung verdiene oder nicht; doch sehen wir aus folgender Stelle von Gajus sehr bestimmt, daß dieser Streit sich nur auf die Wirkung solcher Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen bezog: „Item si quis sub ea conditione stipulatur, quae existere non potest, veluti *si digito coelum tetigerit*, inutilis est stipulatio; sed legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio inserta non esset. *Diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem; et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest*"[58]). Die Proculianer waren also der Meinung, daß unmögliche Bedingungen eben so bei letztwilligen Verfügungen als bei Verträgen für nicht hinzugefügt gelten sollten[59]); allein die Ansicht der Sabinianer wurde die practisch geltende: „*Obtinuit* (sagt Ulpian), impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas" [60]).

57) §. 11. J. *de inutilib. stip.* L. 31. D. *de O. et A.* (XLIV. 7.) — §. 10. J. *de heredib. inst.* („Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur"). L. 3. D. *de condit. et dem.*, und unten Note 60.

58) Gaji inst. III. §. 98.

59) Dirksen Schulen der röm. Juristen (in s. Beitr. zur Kunde des R. R. I.) S. 74 fg. (Nr. VI.)

60) L. 3. D. *de cond. et dem.*

Hieraus ergiebt sich denn, daß die Röm. Juristen die unmöglichen Bedingungen nicht nur als Bedingungen bezeichneten, sondern ihnen auch Wirkungen beilegten und nur in Beziehung auf letztwillige Verfügungen Manche derselben (deren Meinung denn auch Billigung erhielte) sie für wirkungslos erklärten. Wenn nun gleich auch bei Verträgen hier in der That nichts suspendirt wird (denn dies ist nach der Natur der Sache unmöglich), so hat doch die Bedingung auf das Geschäft Einfluß, sie bedingt dessen Wirksamkeit, ohne gleichwohl nach der Natur des Rechtsverhältnisses sich von selbst zu verstehen; und so erfordert denn wohl die Consequenz, die unmöglichen Bedingungen, ungeachtet ihrer, in Ansehung der Wirkungen, sehr erheblichen Abweichungen von anderen eigentlichen Bedingungen, als zu diesen gehörig zu betrachten, und nur die wesentlichen Verschiedenheiten, so wie deren Grund hervorzuheben. — Fragen wir hiernach: worauf denn der obige Unterschied zwischen Verträgen und Testamenten beruhe? so giebt nur die Aeusserung von Gajus: **vix idonea diversitatis ratio reddi potest,** wenig Hoffnung, dies völlig auf's Reine zu bringen. — Am wahrscheinlichsten möchte folgende Erklärung seyn. Es ist wohl in der Regel zu präsumiren, daß der Urheber eines Rechtsgeschäfts dasselbe auch wirklich gewollt, d. h. daß er es damit ernstlich gemeint habe. Diese Voraussetzung wird indessen sehr bedenklich dadurch, daß er den Ausgang des Geschäfts von einem Umstande abhängig gemacht hat, dessen Unerfüllbarkeit ein verständiger (und, bei s. g. moralisch unmöglichen Bedingungen, ein rechtlich denkender) Mensch einsehen muß, und darum ist es denn gewiß sehr natürlich, daß Vertragsinteressenten angesonnen werde, ihren Willen auf eine deutlichere und

angemessenere Weise an den Tag zu legen, was ihnen ja noch zu jeder Zeit frei steht. Ganz anders stellt sich die Sache bei letztwilligen Verfügungen dar. Nicht nur erhält die im Allgemeinen für die ernstliche Willensmeinung des Disponenten sprechende Vermuthung eine erhebliche Unterstützung durch die bei Testamenten üblichen Förmlichkeiten, sondern es kommt hier der Umstand ganz vorzüglich in Betracht, daß Derjenige, zu dessen Vortheil die testamentarische Verfügung gereichen soll, keinen Theil an ihrer Errichtung hat, auch eine bessere Fassung derselben nicht einmal veranlassen kann, da sie ihm meistens erst nach dem Tode des Erblassers bekannt werden wird. Nimmt man hiezu noch den bekannten favor testamentorum, so möchte die Verschiedenheit wohl hinreichend gerechtfertigt erscheinen[61].

Also, auch selbst der Ausdruck solcher Bedingungen verschafft ihnen keine Wirksamkeit. Dies gilt aber ohne Einschränkung nur für die unmöglichen Bedingungen, so wie für die nothwendigen Bedingungen der Art, deren Nichterfüllung factisch unmöglich ist; denn hier kann nach der Natur der Sache das Geschäft entweder nur als unbedingtes oder gar nicht gelten, da ein Drittes gar nicht gedenkbar ist. Nicht so verhält es sich bei den affirmativ gestellten nothwendigen Bedingungen, indem sich doch denken läßt, daß, wenn gleich ihr Eintritt unzweifelhaft ist, der Testirer davon gewisse Folgen abhängig machen wollte, die sich nicht so von selbst verstehen. Eine an sich ausführbare Absicht des Testirers muß allemal respectirt werden, und so kommt denn in einem solchen Falle Ulpian's Ausspruch zur Anwendung: „In conditionibus primum

61) Sell a. a. O. §. 8.

locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones“ [62]). So ist es sehr wohl gedenkbar, daß der Testirer hierbei beabsichtigte, das Recht, oder doch die Geltendmachung desselben, bis zum Eintritt der nothwendigen Bedingung hinauszuschieben, in welchem Falle alsdann, wenn die Zeit des Eintritts sich nicht bestimmen läßt, die Disposition regelmäßig als eigentlich bedingte gilt [63]). So ist der Tod eines Menschen gewiß ein nothwendiges Ereigniß; und dennoch gilt es regelmäßig als ein bedingtes Vermächtniß, wenn es auf den Todestag gestellt ist, oder doch jedenfalls als ein Vermächtniß ex die [64]). Den Grundsatz aber, daß eine necessaria conditio wenigstens als eigentliche Bedingung nicht gilt, bringen die Alten auch hier gerne zur Anwendung, wenn nämlich sonst angenommen werden müßte: das Vermächtniß selbst ist unwirksam; und insoferne liegt denn allerdings eine Consequenz darin, wenn ein auf den eignen Todestag des Honorirten gestelltes Vermächtniß als ein unbedingtes aus dem Grunde aufrecht erhalten wird: non potest enim conditio non existere [65]).

3) Auf die tacitae conditiones (die nach der

62) L. 19. pr. D. *de condit. et dem.* — Auf ähnliche Art sagt Papinian (L. 101. pr. eod.) „in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oportere“.

63) Vergl. hierüber oben S. 86 fg. und Balduinus l. l. c. 3. p. 329. 330.

64) L. 79. §. 1. D. *de cond. et dem.*

65) L. 79. pr. *eod.* — Freilich aber hieß es hier nicht: pro non scripta habetur adjectio, sondern es galt wie ein Vermächtniß ex die, oder: „non conditione, *sed mora suspenditur*“.

Natur des Rechtsverhältnisses sich von selbst verstehenden Voraussetzungen) bezieht sich die folgende Aeusserung Papinians: „Conditiones extrinsecus, non ex testamento venientes, id est, quae tacite inesse videntur, non faciunt legata conditionalia“ [66]). Ungeachtet des etwas auffallenden Ausdruckes ist doch aus dem Gegensatze leicht zu ersehen, was der Jurist sich bei den conditiones extrinsecus venientes dachte: es sind die Bedingungen, welche nicht aus dem Testamente, sondern sonst woher kommen [67]), — also (wie auch nachher ausdrücklich erklärt wird) die sich von selbst verstehenden. Beispiele solcher Bedingungen werden sehr häufig in unseren Quellen erwähnt: so namentlich: es werden die künftigen Erzeugnisse eines Ackers, einer Sclavin u. s. w. vermacht [68]); es wird ein Object vermacht, worauf ein Dritter einen Anspruch hat, wobei denn die tacita conditio ist: daß dieser von seinem Recht keinen Gebrauch macht [69]); oder Gegenstand des

66) L. 99. D. *de cond. et dem.*

67) Ueberhaupt war dieser Ausdruck den Röm. Juristen sehr geläufig, um dadurch die uneigentlichen, im Gegensatz der wahren Bedingungen zu bezeichnen; s. z. B. L. 6. §. 1. D. *quando dies leg.* (s. Note 69), wo es heißt: „At si *extrinsecus* suspendatur legatum, *non ex ipso testamento*; L. 25. in f. *eod.* (s. unten Note 78. u. S. 88.

68) L. 1. §. fin. D. *de cond. et dem.* Vergl. L. 25. in f. L. 26. pr. D. *quando dies leg.* (XXXVI. 2.)

69) L. 6. §. 1. D. *quando dies leg.* (Der Mann hatte einen zur Dos gehörige Sache einem Dritten, und der Frau dafür etwas anderes vermacht. Wählt sie nun die Dotalsache, so wird das Vermächtniß dadurch wirkungslos, der

Vermächtnisses ist eine bedingte Schuld; denn auch hier versteht sich von selbst, daß die Bedingung existent werde, indem früher der vermachte Gegenstand überall nicht existirt[70]. Allerdings kann also das Recht dadurch wirkungslos werden, wenn das, was zu seiner Realisirung erforderlich ist (oder die tacita conditio) nicht eintritt; indessen wird das Recht noch vor dem Eintritt des vorauszusetzenden Ereignisses auf die Erben transmittirt, hat auch alle sonstigen rechtlichen Wirkungen, welche sich damit vertragen, daß seine Realisirung von der Existenz der tacita conditio abhängt[71]. Hierdurch unterscheiden sich denn die tacitae conditiones auch von den wahren, aber stillschweigend (d. h. nicht buchstäblich) ausgedrückten Bedingungen[72]. Freilich ist der Ausdruck in unseren Quellen nicht immer hinreichend genau und bestimmt, um darnach die nur stillschweigend ausgedrückten Bedingungen von den uneigentlichen zu unterscheiden.

vor abgegebener Erklärung der Frau erfolgte Tod des Vermächtnißnehmers aber hebt das Recht noch keineswegs auf, dies wird vielmehr auf die Erben transmittirt und wirksam, wenn die Frau das ihr hinterlassene Vermächtniß wählt.)

70) arg. L. 19. §. 2 — 4. *eod.* — Vergl. auch L. 7. D. *eod.*, worin von der hereditatis aditio als stillschweigender Bedingung eines wirksamen Vermächtnisses die Rede ist.

71) So kann das Vermächtniß einer bedingten Schuld von dem Vermächtnißnehmer giltigerweise durch Acceptilation getilgt werden, noch ehe die Bedingung eingetreten ist, L. 19. §. 4. *eod.*; wovon als Grund angegeben wird: *praesens* legatum est, §. 3. ibid.

72) z. B. L. 6. pr. D. *quando dies leg.*

So sagt Pomponius: Legatis, quae relinquuntur, dies aut certus aut incertus, aut conditio adscribitur, aut si nihil horum factum sit, *praesentia sunt*, *nisi si vi ipsa conditio insit*. — — — Inest autem conditio legatis, veluti quum ita legamus: *quod ex Arescusa natum fuerit, heres dato*, aut: *fructus, qui ex eo fundo percepti fuerit, heres dato*, aut: *servum, quem alii non legavero, Sejo dato*" [73]). Nach solchen Aeusserungen sollte man glauben, es sey hier von eigentlichen und nur stillschweigend ausgedrückten Bedingungen die Rede; wogegen in anderen Stellen gerade das Unterscheidende dieser Fälle von eigentlich bedingten Vermächtnissen, nämlich, daß auch vor dem Eintritt der Bedingung das Recht auf die Erben übergeht, sehr bestimmt anerkannt wird [74]). Allerdings aber ist ein wesentlicher Unterschied vorhanden zwischen solchen sich von selbst verstehenden Bedingungen, wobei der Erfolg von einem künftigen noch ungewissen Ereigniß, und den übrigen, indem bei jenen auch die Existenz selbst bis zum Eintritt der Bedingung ungewiß bleibt, (wie dieß auch bereits oben S. 68 fg. auseinander gesetzt wurde). Deßhalb nennen die Alten auch ein solches Recht geradezu ein bedingtes, und setzen es den anderen tacitae conditiones, deren Erfolg nicht zweifelhaft ist, entgegen. So wird namentlich unterschieden, ob ein Vermächtniß als ein gegenwärtiges Recht (jus praesens) angeordnet sey, oder nur unter der Voraussetzung, daß der Gegenstand desselben sich in dem Nachlasse finden werde, wobei denn nur über

73) L. 1. pr. u. §. 3. D. *de cond. et dem.*

74) L. 25. §. 1. D. *quando dies leg.*

die Bedeutung der gewählten Ausdrücke gestritten wurde. Manche behaupteten z. B., daß auch der Ausdruck: res, (Stichus, vestis u. s. w.) quae mea *erit* als bloße demonstratio und nicht als Bedingung anzusehen sey, d. h. daß die Sache jedenfalls als vermacht gelte, wenn sie sich auch nicht, oder nicht mehr, im Vermögen des Testirers befinde [75]). Andere wollten umgekehrt stets eine Präsumtion für ein bedingtes Recht eintreten lassen, zumal wenn der Testirer die Sache als die seinige bezeichnet habe, z. B. Stichus, qui meus est; auch unterschieden hierbei Einige noch, ob ein durchaus bestimmtes Object, oder ein dem Individuum oder der Quantität nach unbestimmtes (z. B. vina mea, vestis mea) legirt sey, und wollten wenigstens in dem letzteren Falle das Vermächtniß nur als bedingtes gelten lassen [76]). Gebilliget wurde die Ansicht, daß, wenn der Ausdruck auf die Zukunft gestellt sey (z. B. res, quae mea erit, oder noch bestimmter: quae mea erit, *quum moriar*) das Recht ein bedingtes sey, wogegen im Zweifel eine bloße Demonstration darin liege (das Recht ein jus praesens sey), wenn der Ausdruck anders laute [77]). In-

75) So z. B. Labeo L. 85 in f. D. *de leg.* III.

76) L. 85. D. *de legat.* III.

77) L. 6. D. *de leg.* I. L. 85. D. *de leg.* III. — Der Unterschied besteht darin: ein bedingtes Recht dieser Art kann nie anders wirksam werden, als wenn die Sache im Nachlasse des Testirers existirt, wogegen aber auch das nicht bedingte Vermächtniß, wenn der Gegenstand individuell bestimmt ist, durch eine vom Testirer vorgenommene Veräusserung in der Regel erlischt (L. 1. §. 1. D. *de instr. leg.* XXXIII. 7. L. 18. D. *de adim. leg.* XXXIV. 4. Ausn. s. §. 12. J. *de leg.* L. 11. §. 12. 13. D. *de leg. III.*), und

sofern also, als bei einigen der tacitae conditiones es noch von einem künftigen und nur gewissen Ereignisse abhängt, ob das Recht selbst existiren werde, bei anderen dagegen die Verwirklichung des Rechts nur von solchen Voraussetzungen abhängt, welche bei allen und jeden letztwilligen Verfügungen als sich von selbst verstehende angenommen werden müssen (z. B. daß der Honorirte den Erblasser überlebe, daß er das Recht haben wolle u. dgl. m.), — insoferne können und müssen jene als bedingte diesen entgegengesetzt werden, und nur das ist zu tadeln, daß der Ausdruck bei Pomponius und in anderen der oben angeführten Stellen so lautet, als ob die tacitae conditiones der ersten Art wirklich Bedingungen im engeren und eigentlichen Sinne seyen. Daß sie dieß nicht sind, wird an anderen Orten ausdrücklich erinnert, und namentlich in folgender Stelle von Papinian[78]: *Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus pupillus debet.* Si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset[79], et petitor ad praesens debitum

überhaupt nur gilt, wenn der Gegenstand desselben zur Zeit des Vermächtnisses existirt; L. 25. §. 1. D. *quando dies leg.*

78) L. 25. §. 1. D. *quando dies leg.*

79) In der Flor. fehlt das nec vor Locupletior, wofür da Manche et lesen wollen. Cujacius (obs. L. XVII. c. 4), [illegible] (de negat. Pand. Flor. p 313 sqq.), Pothier (Pand. Justin. Tit. de condit. et dem. Nr. 45), [illegible] in der deutschen Uebersetzung Bd. III. S. 782. — Sieht man indessen auf den Zusammenhang, so wird man der gewöhnlichen Lesart den Vorzug geben müssen. Der Jurist erklärt das Vermächtniß alsdann für

verba retulisset [80]), quia nihil ei debet, nullius momenti legatum erit. Quodsi verbo debiti natura-

ganz ungiltig, wenn der Testirer dabei an ein gegenwärtiges und eigentliches (also durch Klage geltend zu machendes) Forderungsrecht gedacht habe; denn ein solches existirt nicht, wenn der Pupill das Darlehn ohne Vollwort seines Vormundes contrahirt hat und nicht einmal dadurch bereichert ist. Anders verhält es sich, wenn der Testirer gemeint war, auch die Naturalobligation, mithin was etwa der Schuldner einmal zahlen sollte, zu vermachen. Dann besteht das Vermächtniß, nur muß die Zahlung erwartet werden. Nun scheint zwar Paulus die Begründung einer Naturalobligation für den Pupillen, welcher ohne tutoris auctoritas ein Darlehen empfieng, nur dann anzunehmen, wenn der Empfänger dadurch bereichert ist (L. 13. §. 1. D. *de cond. indeb.* XII. 6). Indessen leidet es kein Bedenken, daß die in factum a. wegen Bereicherung gegen Jeden, auch gegen einen Pupillen Statt hatte (L. 37. pr. D. *de negot. gest.* III. 5. L. 34. pr. D. *de minor.* IV. u. arg. L. 14. D. *de cond. indeb.* L. 46. D. *de O. et A.* XLIV. 7, vergl. W. Sell Vers. Bd. I. Abh. I. §. 24); mithin mußte ein solches Vermächtniß unter der Voraussetzung einer für den Pupillen stattgehabten Bereicherung unbedingt wirksam seyn, wogegen Papinian in unserem Falle die Wirksamkeit desselben von der erfolgten Solution abhängig macht. Uebrigens erkennt auch Paulus an einem a. O. es deutlich an, daß der ohne auctoritas tutoris handelnde Pupill naturaliter obligirt werde, wenn er gleich nicht durch das Geschäft bereichert ist (L. 21. pr. D. *ad Leg. Falcid.* XXXV. 2), und so darf man denn unbedenklich die L. 13. §. 1. *de cond. indeb.* von einem Falle verstehen, wo der Pupill das während der Unmündigkeit contrahirte Darlehen zwar nach erlangter Mündigkeit, aber vor Eintritt der Großjährigkeit, zurückzahlte; (vergl. Büchel civilrechtl.

lem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet; quasi tacite conditio inserta sit, non secus, ac si ita dixisset: *Titio dato, quod pupillus solverit*, vel si legasset, *quod ex Arethusa natum erit*, vel *fructus, qui in illo fundo nascentur*. Contrarium non est, quod, si medio tempore legatarius moriatur, et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat, heres legatarii petitionem habet; *namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis extrinsecus exspectanda sit, cedit*". — In dem Falle also, der hier zunächst zur Frage steht, ist das bedingte Vermächtniß wirksamer, wie das unbedingte. Wenn das Vermächtniß des nur als Naturalobligation wirksamen Forderungsrechts auf die Gegenwart gestellt ist, so hat es gar keine Wirkung, wohl aber wenn es als bedingtes betrachtet werden kann,

Erört. Bd. II. S. 77). Hiernach bestätigt denn unsere Stelle noch die immer allgemeiner werdende Ueberzeugung, daß für Pupillen und Minderjährige eine Naturalobligation durch ihre eignen obligatorischen Handlungen begründet werde, die Wirksamkeit derselben aber erst mit beendigter Vormundschaft beginne; (s. meine Pandekten Bd. II. §. 330. Nr. 2). Auch läßt sich die Entstehung der fehlerhaften Lesart in der Flor. (der Weglassung des *neo*) mit großer Wahrscheinlichkeit nachweisen; s. Brenchmann in not. 13. ad h. l. ed. Geb. Sp.; über die ganze Stelle aber auch Schulting et Smallenb. not. ad Dig. T. V. p. 632. sq.

80) Für petitor zu lesen *testator*, wie Einige vorgeschlagen haben, ist nicht nöthig; (s. Schulting l. l.). Gemeint ist aber ausser Zweifel der Testirer, welcher hier als Gläubiger (petitor) bezeichnet wird.

in welchem Falle alsdann abgewartet werden muß, ob die nicht klagbare Forderung realisirt werden wird, oder nicht. Dennoch aber (setzt der Jurist hinzu) unterscheidet sich auch eine solche Forderung von einer bedingten im engeren und eigentlichen Sinne, indem, wenn auch der Vermächtnißnehmer vor Eintritt der Bedingung (vor der Zahlung von Seiten des nur naturaliter Obligirten, vor dem Erscheinen der vermachten Erzeugnisse einer Sclavin oder eines Grundstücks) stirbt, das Recht auf seine Erben übergeht[81]).

Daß übrigens jede sich von selbst verstehende Bedingung die Bedeutung einer wahren Bedingung erhalten kann, wenn der Testirer dadurch einen sich nicht schon von selbst verstehenden Erfolg bedingt, wurde bereits oben auseinander gesetzt. Indessen ist nicht zu vermuthen, daß dieß beabsichtigt sey, selbst alsdann nicht, wenn der Urheber des Geschäfts den Ausdruck einer Bedingung gewählt hat, und nur ohne Verletzung aller Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, daß er dadurch nicht eigentlich etwas habe bedingen wollen[82]). Darum entscheidet der Pomponius: wenn Titius zum Erben eingesetzt worden sey mit der Bestimmung: „si **Titius hereditatem meam adierit, Maevio decem dato**"; so sey dieß doch kein bedingtes Legat, und darum werde es auf die Erben des Vermächtnißnehmers transmittirt, wenn gleich dieser vor der Erb-

81) Vergl. auch **L. 6. §. 1.** *eod.* u. **Balduinus l. l. cap. IV.** p. 331. sq.

82) Dies ist freilich nicht der Fall, wenn er geradezu von dem Wollen des Honorirten selbst, die Existenz des Rechts abhängig macht; dieß muß daher als Bedingung behandelt werden, **L. 65. §. 1. D.** *de leg.* **I.**

schaftsantretung sterbe, indem die Realisirung eines jeden Vermächtnisses am Ende von der Erbschaftsantretung abhänge[83]). Ja selbst eine der Vermächtnißanordnung hinzugefügte eigentliche Bedingung erhält die Natur einer sich von selbst verstehenden (hindert mithin die Transmission auf die Erben des Legatars nicht) dadurch, daß auch der Erwerb des Erbrechts davon abhängig gemacht ist; denn wenn die Bedingung auch bei dem Vermächtnisse nicht ausgedrückt wäre, sondern nur bei der Erbeinsetzung, so würde ja dennoch die Wirksamkeit des ersteren von dem Erfolg der bedingten Erbeinsetzung abhängen: **Si sub conditione, qua te heredem instituí, sub ea conditione Titio legatum sit, Pomponius putat, perinde hujus legati diem cedere, atque si pure relictum esset, *quoniam certum esset, herede existente debitum iri;* neque enim per *conditionem heredum* fieri incerta legata, nec multum interesse tale legatum ab hoc: *si heres erit, dato*[84]).**

§. 1459.

Arten der Bedingungen.

Sieht man zunächst ganz ab von der rechtlichen Wirkung bedingter Dispositionen (also davon, ob eine

83) L. 22. §. 1. D. *quando dies leg.* — „Et idem, si ita fuerit scriptum: *si Titius hereditatem meam adierit, intra dies centum Maevio decem dato;* nam hoc legatum in diem erit, non sub conditione, quia definitio Labeonis probanda est, dicentis, *id demum legatum ad heredes legatarii transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hereditas*“, d. h. nur das Vermächtniß (also in der Regel auch

Bestimmung überhaupt als Bedingung gelten kann), und berücksichtigt nur den Ausdruck, wodurch die Verfügung als bedingte erscheint, so darf man die Bedingungen in mögliche und unmögliche eintheilen[85]). Unmögliche Bedingungen sind im Allgemeinen diejenigen, deren Existenz undenkbar ist. Hat nun diese Unmöglichkeit ihren Grund in Naturgesetzen, so werden sie physisch unmögliche Bedingungen genennt; widerstreitet die Erfüllung einem Rechtsgesetze, oder einem Gebote der Moral, der Sitte und des Anstandes, so heißen sie juristisch oder moralisch unmögliche Bedingungen. In unseren Rechtsquellen werden geradezu nur die physisch unmöglichen Bedingungen impossibiles conditiones genannt, und so erklärt: „impossibilis conditio habetur, *cui natura impedimento est, quominus existat*; veluti si quis ita dixerit: si digito coelum tetigero, dare spondes?“ [86]). Es kann nun etwas an sich sehr wohl möglich seyn, aber es wird dabei von einer nicht existirenden Voraussetzung ausgegangen; dann ist die hieran

jedes Vermächtniß dieser Art) geht auf die Erben über, dessen Realisirung von dem Antritt der Erbschaft abhängt.

84) L. 21. §. 1. D. *quando dies leg.*

85) Greg. Majansius Diss. de conditione impossibili neti volunt. adj. in Ejus disput. jur. Nr. XXXIV. Hieher gehört denn auch ihrem hauptsächlichsten Inhalte nach die bereits oben (zu §. 1457) erwähnte Schrift von Sell. — L. Arndts über den Begriff und die Eintheilung der unmöglichen Bedingungen, in dessen Beiträgen zu versch. Lehren des Civilr. u. Civilprozesses, Heft I. (Bonn 1837) Nr. IV. 1. S. 161 — 183.

86) Pauli lect. rec. III. Tit. IV. B. §. 1. 11. J. *de inutilib. stipul.*

geknüpfte Bedingung nach logischen Gesetzen eben so unmöglich, wie wenn sie mit Naturgesetzen im Widerspruch stände. Papinian bezeichnet eine solche Bedingung als falsa conditio, wobei er, wie gewöhnlich, zur Erläuterung ein Beispiel anführt: „*Falsam conditionem* Cassius et Caelius Sabinus *impossibilem esse dixerunt*, veluti: *Pamphilus, si quod Titio debeo solverit, liber esto*, si modo nihil Titio fuit debitum; quodsi post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi“ [87]. Ein anderes Beispiel ist: es war der Erbe unter der Bedingung, wenn die Tochter des Testirers diesen überleben werde, zum Erben eingesetzt. Da nun der Erblasser nie eine Tochter gehabt hatte, so mußte auch diese Bedingung als eine wahrhaft unmögliche behandelt und deshalb als nicht geschrieben erachtet werden [88]. — Aber auch von den juristisch und moralisch unmöglichen Bedingungen heißt es: sie hätten rechtlich die Bedeutung der impossibiles [89]; auch wird von einer in dieser Hinsicht zulässigen Bedingung gesagt: sie sey non impossibilis [90], so daß man die jetzt übliche Bezeichnung gewissermassen als eine quellenmäßige gelten lassen kann.

Die eigentlich juristisch unmöglichen oder einer posi-

87) L. 72. §. 7. D. *de cond. et dem.*

88) L. 6. §. 1. D. *de cond. et dem.* L. 45. D. *de hered. ust.* (— „tamen Titium heredem fore, quia id, *quod impossibile in testamento scriptum* esset, nullum vim haberet“). — S. auch L. 26. §. 1. D. *de statu liberis* (XL. 7). — Vergl. Averanius interpr. jur. Lib. II. c. 24. nr. 14. 15., womit Majansius a. a. O. §. 20. 21. buchstäblich übereinstimmt.

89) L. 137. §. 6. D. *de Verb. Obl.* (XLV. 1).

tiven Rechtsnorm zuwider laufenden Bedingungen werden als: **conditiones contra leges scriptae, conditiones, quae** *jure* **impleri nequeunt, quas senatus aut Princeps improbant,** oder auf ähnliche Weise bezeichnet [91]). Moralisch unmögliche, oder Sitte und Anstand verletzende Bedingungen durch: **turpes conditiones, contra bonos mores adscriptae** u. s. w. [92]). Beispiele hiezu kommen in Menge vor, und sie sind meistens auch ohne eigentlichen Commentar verständlich; z. B. daß man seinen Vater nicht aus feindlicher Gefangenschaft befreien, seine nächsten Angehörigen nicht alimentiren, den Leichnam des Erblassers unbegraben liegen lasse, sich von seinem Gatten trennen werde, u. s. w. [93]). Es wurde aber auch für unanständig jede Bedingung gehalten, welche eine eigentliche Beschränkung der Persönlichkeit und persönlichen Freiheit bezweckte, und darum als moralisch unmögliche behandelt; so namentlich die

90) L. 97. D. *de cond. et dem.* L. 50. pr. D. *de pact.* (II. 14).

91) L. 14. L. 15. D. *h. t.* L. 137. §. 6. D. *de V. O.* Pauli sent. rec. III. Tit. IV. B. §. 2. — Beispiele enthält die L. 137. §. 6. D. *de V. O.*: „si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sunt.“ — Gleichgeltend sind die Bedingungen in fraudem legis. S. Sell a. a. O. §. 22.

92) L. 9. D. *h. t.* L. 112. §. 3. D. *de leg.* I. L. 63. §. 7. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1).

93) L. 9. L. 27. pr. D. *h. t.* L. 5. C. *de instit. et subst. sub condit. fact.* (VI. 25). — Vergl. überh. Sell a. a. O. §. 27. 28.

Bedingung, seinen Wohnort nicht zu ändern, oder sich einen bestimmten Ort zum Domizil zu wählen[94]). Sowohl aus diesem Grunde, als auch aus Rücksichten des öffentlichen Wohls galt die Bedingung der Ehelosigkeit (**si non nupserit**) entschieden für eine unerlaubte[95]). Ueberhaupt galt aber in Beziehung auf das Recht und die Freiheit zu heirathen der Grundsatz: „**Semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit**[96]). Darum soll denn auch die Wahl eines Gatten oder einer Gattin nicht von dem Willen eines Dritten abhängig gemacht werden[97]), selbst von dem Vater kann eine solche Auflage nicht giltig erfolgen[98]). Dagegen sind folgende Bedingungen zulässig: a) sich zu verheirathen, überhaupt, oder mit einer be-

94) L. 71. §. 2. D. *de cond. et dem.*

95) L. 22. L. 72. §. 5. L. 100. D. *de condit. et demonstr.* — Uebrigens werden diese und ähnliche Bedingungen (s. die folg. Note) von den Röm. zuweilen für den leges zuwiderlaufende erklärt. — Vergleiche hierüber, so wie über die sonstigen Auflagen, wodurch die Freiheit in Beziehung auf Eingehung der Ehe irgendwie beschränkt wird: *H.* Donellus comment. j. civ. Lib. VIII. c. 32. §. 13 — 20. *Jo. Sal.* Brunquell D. de conditione: si non nupserit, ultimis voluntatibus adjecta (opusc. Nr. V.). Heineccius ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. c. 16. *J. A.* Bach Diss. de lege Jul. miscella ejusq. usu hodierno; (in opusc. Nr. VI.). Majansius Diss. de indicta viduitate et lege Jul. miscella (in *ejus* disp. Nr. XXXIX.). Sell a. a. O. §. 35 — 42.

96) L. 197. D. *de reg. jur.*

97) L. 72. §. 4. D. *de cond. et dem.*

98) L. 28. pr. *eod.*

stimmten Person, vorausgesetzt, daß dies ohne Verletzung gesetzlicher Vorschriften und unbeschadet dessen, was die Rücksicht auf Anstand und Würde erfordert, geschehen kann[99]); b) eine bestimmte Person nicht zu heirathen, soferne dabei nur nicht die Absicht zu Grunde liegt, den bedingt Berechtigten überhaupt vom Heirathen abzuhalten, oder doch ihm selbiges zu erschweren[100]); c) daß eine Wittwe sich nicht wieder verheirathe, so lange ihre Kinder noch unmündig sind —, „si a liberis impuberibus non nupserit"[1]). Ueber den Fall, wenn der Ehemann seiner Frau im Testamente unter der Bedingung etwas zuwandte, daß sie sich nicht wieder verheirathen würde, enthielt eine **Lex Julia Miscella**[2]) ge-

99) L. 63. §. 1. D. *eod.* —— „si honeste Titio possit nubere, dubium non erit, quin, nisi paruerit conditioni, excludatur a legato; si vero indignus sit nuptiis ejus iste Titius, dicendum est, posse eam beneficio legis (Juliae) cuilibet nubere". — L. 1. C. *de inst. et subst. sub cond.*

100) L. 63. pr. D. *de cond. et dem.* — „*si neque Titio, neque Sejo, neque Maevio nupserit*, et denique, *si plures personae comprehensae fuerint:* — placuit, cuilibet eorum si nupserit, amissuram legatum, nec videri tali conditione viduitatem injunctam, quum alii cuilibet satis commode possit nubere". — L. 64. §. 1. *eod.* — *Si Ariciae non nupserit:* interesse, an fraus legi facta esset. Nam si ea esset, quae nuptias non facile posset invenire —, ipso iure rescindendum, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum." — Baunquell l. l. §. 12.

1) L. 62. §. 2. D. *eod.*

2) War dies die Lex Julia et. P. P. oder eine besondere

wisse Bestimmungen, welche Justinian bei Gelegenheit einiger Abänderungen, wenn gleich nichts weniger als deutlich, referirt [3]). Er selbst ordnete zuletzt hierüber Folgendes an: solche Bedingungen sollte nicht blos ein Ehegatte dem anderen machen können, sondern auch ein Dritter; wer das unter dieser Bedingung Hinterlassene haben will, muß zuvörderst noch ein Jahr nach aufgelöster Ehe warten, demnächst aber eine gehörige Caution der Rückgabe halber für den Fall bestellen, wenn er wider die Bedingung handeln würde [4]).

Uebrigens sind manche Bedingungen bei Verträgen unerlaubt, die einer letztwilligen Verfügung giltig beigefügt werden, und umgekehrt. So entscheidet Papinian in dem 17. Buche seiner Quästionen: „Titio autem relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem — ducat; *conditio non remittetur* —. Huic sententiam non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, *si Maeviam uxorem non ducat*, Praetor actionem denegat: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud, ad matrimonium certa lege invitari“ [5]). In beiden Fällen wird

Lex? S. hierüber Brunquell l. l. §. 21 — 23. Heineccius l. l. §. 3. Bach l. l. §. 5 — 7. Zimmern R. G. §. 24. p. 82. 83.

3) L. 2. C. *de indicta viduitate et lege Julia miscella tollenda.* (VI. 40). Etwas genauer und deutlicher ist die Relation in der Nov. 22. c. 43. — Vergl. Brunquell §. 25. pr. Bach §. 10 — 13. Majansius diss. de ind. vid. §. 5 — 7. Zimmern R. G. II. §. 173.

4) Nov. 22. c. 44.

5) L. 71. §. 1. D. *de cond. et dem.*

die Freiheit der Wahl beschränkt, aber (dies will Papinian sagen) es liegt eine größere Beschränkung der Freiheit darin, daß man sich einem Vermögensverlust für den Fall unterwirft, wenn man eine bestimmte Person nicht heirathen werde, als wenn davon nur das Recht, aus einer Liberalitätshandlung etwas zu erwerben, abhängig gemacht wird [6]). — Umgekehrt ist die conditio jurisjurandi nur bei Testamenten für eine unzulässige erklärt. Sie besteht darin, daß einem Erben oder Vermächtnißnehmer eine an sich erlaubte Auflage gemacht wird, unter der Bedingung, daß er die Erfüllung eidlich angelobe [7]). Die Auflage selbst muß er erfüllen [8]); allein den Eid braucht er nicht zu schwören [9]). Es war hier-

6) Noch viel weniger konnte die Bedingung gelten, wodurch sich eine Person zu einer Leistung anheischig machte, wenn der andere Contrahent sie heirathen würde, indem darin etwas das Gefühl für Sitte und Anstand im höchsten Grade Verletzendes liegt, die heiligsten Lebensverhältnisse zu einem verkäuflichen Gegenstande zu machen. L. 97. §. 2. D. *de V. O.* — Das can. Recht läßt übrigens dies Eheversprechen alsdann gelten, wenn es eidlich bestärkt ist; s. C. 3. X. *de condit. oppos.* (IV. 5). — Vergl. a. a. O. §. 42.

7) S. Majansius disp. Nr. V. Sell a. a. O. §. 56. u. die das. angef. Schr.

8) L. 8. §. 6. D. *h. t.* „Quoties heres jurare jubetur, daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non aliter habebit, quam si dederit vel fecerit is, quod erat jussus jurare".

9) In der L. 20. D. *de cond. et dem.* heißt es: „Non dubitamus, quin turpes conditiones remittendae

über ein eignes Edict des Prätors erschienen [10]), zu dessen Erläuterung Ulpian [11]) unter Anderen Folgendes anführt: — „Providit enim (Praetor), ne is, qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, aut omittendo conditionem perderet hereditatem legatumve, aut cogeretur turpiter accipiendo conditionem jurare. Voluit ergo eum, cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur; et recte: Quum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum contemtu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem: ne vel hic vel illi aut consequerentur, aut perderent, quod relictum est, Praetor consultissime intervenit. Etenim potuit is, qui

sint; quo in numero *plerumque* sunt etiam jurisjurandi“. Also nicht immer gilt die conditio jurispr. für eine unerlaubte. Denn zuvörderst geht sie nur auf das eidliche Gelöbniß einer zukünftigen Handlung (L. 26. pr. D. *de cond. et dem.*); folglich kann das Recht giltigerweise davon abhängig gemacht werden, daß die Wahrheit einer in der Vergangenheit liegenden Thatsache eidlich angelobt wird, z. B. daß ein Schuldverhältniß existire. Auch giebt es keine durch den favor libertatis veranlaßte Ausnahme von der Bestimmung des Edicts; L. 12. D. *de manumiss. test.* (XL. 4). Eine wahre Ausn. aber enthält L. 97. D. *de cond. et dem.* H. Donellus l. l. §. 22. 23. Sell a. a. O. S. 239 fg. Vergl. unten Note 44. S. auch die Note 12.

10) L. 8. D. *h. t.* L. 29. §. 2. D. *de test. milit.* (XXIX. 2). — S. Cujacii obs. L. V. c. 1. — Majansius l. l. §. 14.

11) L. 8. pr. D. h. t.

voluit factum, quod religionis conditione adstringit, sub conditione faciendi relinquere; ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione“. — Der Jurist will durch das Gesagte die Bestimmung des Edicts rechtfertigen, und diese Rechtfertigung enthält denn auch zugleich einige Andeutungen darüber, weshalb man die conditio jurisjurandi zu den turpes zählte; denn sonst würde das am Schlusse Gesagte genügt haben: durch unnöthige Eide wird ein leichtsinniges Spiel mit der Religion getrieben. Als unnöthig ist aber hier der Eid zu betrachten, weil das zu Beschwörende ja ohnehin geschehen muß; will aber der Erblasser das Recht dadurch im eigentlichen Sinne bedingen, so darf er nur die Auflage als Bedingung ausdrücken. Allein es liegt ausserdem etwas Unwürdiges in dem Angesinnen eines solchen Eides. Der Testirer giebt dadurch ein Mißtrauen gegen den Honorirten zu erkennen, als ob dieser sonst seine Pflicht nicht erfüllen werde, und dieses Mißtrauen rechtfertigt derselbe gewissermassen durch die Leistung des Eides, und darum erklärt Ulpian einen solchen Erwerb für ein turpiter accipere; der Feinfühlende und religiös Gesinnte aber wird sich dadurch leicht veranlaßt sehen, ein Recht aufzugeben, dessen Verwirklichung nichts im Wege steht, als der ihm angesonnene überflüssige Eid. Und kann nicht im ersten Fall der Wunsch, sich im baldigen Besitz einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zu sehen, die Veranlassung zu einer übereilten eidlichen Versicherung werden, die man zu halten vielleicht nicht einmal im Stande ist? So gehört denn diese Bedingung allerdings zu den unwürdigen, da sie nicht nur die Alternative herbeiführt, entweder einen an sich unnöthigen Eid zu schwö-

ren, oder ohne Grund ein Recht aufzugeben, sondern auch falsche Eidesleistungen veranlassen kann[12]). — Bei Verträgen erschien von jeher ein promissorischer Eid als zulässiges Bestärkungsmittel einer übernommenen Verbindlichkeit; dies ist denn auch wohl der Grund, weshalb man hier die eigentliche **conditio jurisjurandi** für rechtserlaubt hielt[13]), da diese dem Wesen nach doch nichts anderes ist, als die Verpflichtung, ein geleistetes Versprechen eidlich zu bestärken[14]).

Ueberhaupt aber sind sehr häufig die Motive eines Rechtsgeschäfts, so wie dessen besondere Beschaffenheit, oder die Richtung der Bedingung **in concreto** zu berücksichtigen, um bestimmen zu können, ob in der Bedingung etwas liege, was den sittlichen Gesetzen oder dem Gefühl für Schicklichkeit und Anstand widerstreitet. Daß

12) Vergl. Jäger Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. III. Nr. XVI. S. 414. fg. u. Sell a. a. O. S. 237. fg. — Als etwas Verschiedenes von der eidlichen Angelobung der Erfüllung gemachter Auflagen wurde noch die Uebernahme einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses unter gewissen religiösen Betheurungen angesehen (z. B. **Testor divinum numen, fas mihi sit, eam hereditatem idve legatum capere**); dies durfte der Testator bedingen, wobei denn nur gestritten wurde: ob denn in der Leistung dieser Betheurung schon eine Erbschaftsantretung liege? was Proculus mit Recht gegen Labeo bejahete; **L. 62. pr. D.** *de acquir her.* — **Cujacius obs. V. 1.**

13) S. **L. 19. §. 6. D.** *de donat.* **(XXXIX. 5). „Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac conditione,** ***si jurasses, te nomen meum laturum,*** **non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est".**

14) Sell a. a. O. S. 245 — 254.

sich einer dafür etwas versprechen läßt, daß er seine Pflicht erfülle, oder gar das Unerlaubte nicht thue, verräth offenbar eine Unwürdigkeit der Gesinnung, eine Gleichgiltigkeit gegen das Sitten- und Anstandsgesetz; eine solche Bedingung daher als unerlaubte zu betrachten, liegt daher wohl sehr nahe[15]. Dagegen wird schwerlich Jemand einen Anstoß daran nehmen, wenn ein Vermächtniß z. B. unter der Bedingung angeordnet wird, daß der Honorirte die ihm obliegenden Pflichten besser als bisher erfüllen, daß er von gewissen Unsittlichkeiten lassen werde u. s. w., denn das Anstößige liegt hier gerade in dem Bedingen einer Belohnung für das, was man ohnehin thun oder unterlassen mußte[16]. Und eben so wenig enthält ein Vertrag, wodurch sich Jemand gewissen Nachtheilen unterwirft, oder auf bereits erworbene Rechte verzichtet, wenn er seine Pflicht nicht erfüllen oder Unerlaubtes begehen würde, — irgend etwas, die Gebote der Sittlichkeit und des Anstandes Verletzendes; sie kann zur Beförderung dessen, was recht und gut ist, dienen, und Niemandem wird dadurch der Character des Promittenten in einem verächtlichen Lichte erscheinen, weshalb sie denn auch ohne alle Frage zulässig und wirksam ist[17]. Bei letztwilligen Verfügungen dagegen hielt man es nicht für anständig, daß ein Erbe

15) L. 7. §. 3. D. *de pactis*. (Vergl. die Not. 17 angef. Schr.)

16) S. meine Pand. B. I. §. 108. Not. 3. u. f.

17) L. 50. D. *de pact.* L. 121. §. 1. D. *de Verb. Obl.* — Thibaut civ. Abh. S. 362. Nr. 1. Sell a. a. O. §. 29, und: über bedingte Traditionen u. s. w. (Zürich 1839) §. 30. — Arnold a. a. O. S. 174.

gewissen Nachtheilen für den Fall unterworfen wurde, wenn er gegen die erlaubterweise angeordneten Bestimmungen des Testaments, oder sonst pflichtwidrig handeln werde. Nachtheile dieser Art können immer nur darin bestehen, daß für einen solchen Fall einem Dritten etwas zugewandt wird, hiernach bezeichnete man denn die Sache, indem man legata u. s. w. poenae nomine relicta für ungiltig erklärte[18]). Testamentarische Verfügungen sollten durch wohlwollende Gesinnung des Testirers für den Honorirten motivirt seyn, nicht aber als Mittel erscheinen, einen Dritten zu bestrafen[19]); und so fand man denn in den poenae nomine erfolgten Zuwendungen etwas Unschickliches und ließ eine solche Verfügung überall nicht gelten. Justinian hob indessen diese Beschränkung auf, erklärte also Bedingungen dieser Art für zulässig, vorausgesetzt, daß sie sonst gelten könnten, d. h. daß die Auflage an den Erben nichts physisch oder rechtlich Unmögliches enthalte[20]).

18) Ulp. Fragm. XXIV. §. 17. §. 36. J. de leg. — Ueber die hier noch gar nicht näher abzuhandelnde Lehre von der legata poenae nomine relicta; vergl. Gösickle obs. jur. Rom. Nr. III. p. 47 sqq. u. Sell a. a. O. §. 64. — Uebrigens gieng (nach Mancher Meinung wenigstens) diese Beschränkung auch auf den Fall, wenn einem Erben unter einer solchen Bedingung ein Miterbe ernannt wurde; Gaji inst. II. §. 243. §. 36. J. *de leg.*

19) S. Theophilus paraphr. Instit. ad §. 36. J. *de leg.* — „legata ex benevolentia et amore erga legatarium relinquenda sunt, non ex odio heredis".

20) L. un. C. de his, *quae poenae nomine relinquuntur* (VI. 41). §. 36. J. *de leg.* in f.

Fragen wir nun, ob und inwieferne die Bestimmungen des Röm. Rechts über **turpes conditiones** bei uns auf Geltung Anspruch zu machen haben? so sind allerdings die Ansichten über Alles, was nicht in das Gebiet der Moral i. e. S. gehört, nicht allenthalten und zu allen Zeiten dieselben. Was anständig und schicklich sey, und was nicht, das ist nicht sowohl nach positiven Gesetzen, als vielmehr nach den bei den Gebildeten eines Volks darüber herrschenden Begriffen zu bestimmen, ausser wo ein Gesetzgeber nach seiner Ansicht von dem, was das Decorum mit sich bringe, einzelne dahin gehörige Puncte fest bestimmt hat, wie z. B. durch die **Lex Julia de maritandis ordinibus** in Ansehung der Frage: welche eheliche Verbindungen für anständige (nach den Grundsätzen der **honestas** zulässige) zu halten seyen, geschehen ist. Jedenfalls aber darf man wohl behaupten, daß die in das Gebiet des eigentlichen Privatrechts gehörigen Bestimmungen des Röm. Rechts hierüber alsdann zur Anwendung kommen müssen, wenn sich nicht eine feste Praxis dagegen gebildet hat, oder nachgewiesen werden kann, daß sie mit den jetzt anerkannten Begriffen über Sitte und Anstand in dem entschiedensten Widerspruch stehen. Hiernach dürfte sich denn schwerlich auch nur von einer einzigen der oben hervorgehobenen Bestimmungen deren Unanwendbarkeit darthun lassen, wenn gleich dies keinesweges ausser Streit ist, und namentlich in Beziehung auf die **conditio viduitatis** von Manchen behauptet wird, daß sie nach unseren heutigen Sitten für unerlaubt, folglich bei letztwilligen Verfügungen **pro non scripta** zu achten sey[21]). Solche Fragen nun, die auch in dem

21) So von Bach l. l. §. 16 fg. gegen Brunquell, wel-

gemeinen Recht nicht ausdrücklich entschieden sind, müssen wir nach unseren Begriffen von Sitte, Ehre und Anstand entscheiden, so wie nach den aus den besonderen Bestimmungen des Röm. Rechts abzuleitenden Prinzipien. Zu den bestrittensten dieser Fragen gehört die: ob die **conditio religionis mutandae vel non mutandae** als **turpis conditio** zu betrachten sey? Manche bejahen die Frage unbedingt, Andere verneinen sie eben so unbedingt; noch Andere unterscheiden hier zwischen der Bedingung die Religion zu ändern, und der, sie nicht zu ändern, und halten jene für unerlaubt, diese für erlaubt. Von Einigen wird in Beziehung auf die Bedingung, daß man seine Religion ändere, wieder unterschieden, ob man von der herrschenden zu einer blos tolerirten Religion übergehen solle, oder umgekehrt? und im ersteren Fall die Bedingung für unerlaubt gehalten, nicht aber im letzteren [22]). Für die verneinende Meinung wird hauptsächlich angeführt: man dürfe ja sonst seine Religion ändern (vorausgesetzt, daß man nicht zu einer verbotenen Religionssecte übergeht) oder nicht ändern, ohne daß daraus nachtheilige Folgen für den Proselyten entstehen, was aber an sich rechtserlaubt sey, das müsse auch Gegenstand einer bedingenden Auflage seyn können.

cher seine Ansicht von der Anwendbarkeit derselben durch Präjudicien der J. F. zu Leipzig, Helmstädt und Jena unterstützt; l. l. §. 41 — 43.

22) M. vgl. üb. diese Frage im Allgemeinen: P. J. Reinharth sel. obs. ad Christin. decis. Vol. IV. obs. 24. Hagemann u. Günther Arch. Bd. III. Nr. 8. F. W. Gambsjaeger Pr. circa condit. seu affirm. s. negat. relig. mut. Heidelb. 1812. Jäger in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Bd. III. Nr. XVI. Sell a. a. O. §. 31.

Darauf aber läßt sich sehr wohl durch ein argumentum ad hominem antworten: Es steht an sich auch in Jedermanns Willkühr, sich zu verheirathen, oder sich nicht zu verheirathen; dennoch aber soll Letzteres nicht als Bedingung eines Rechtserwerbs ausgedrückt werden. Warum nicht? weil es einen ungebührlichen Eingriff in die persönliche Freiheit enthält, dergleichen einem Anderen vorschreiben zu wollen. Und wenn ein neuerer Schriftsteller meint, daß zu den moralisch unmöglichen Bedingungen nur solche gezählt werden, die schon objectiv betrachtet (das soll wohl heissen, nach rein sittlichen Prinzipien, indem dabei auf **L. 15. D. *h. t.*** verwiesen wird) — das Sittengesetz verletzen[23]): so ergiebt sich das Gegentheil mit Bestimmtheit aus den im Röm. Recht angeführten Beispielen von Bedingungen, die als **turpes** angesehen werden. Ist es denn geradezu objectiv schlecht, unverheirathet zu bleiben, oder sich nach der Wahl eines Dritten zu verheirathen, oder seinen Wohnort nie zu ändern? Und doch kann nichts von diesem als Bedingung ausgedrückt werden. Wohl aber ersehen wir hieraus, so wie aus dem, was über die unzulässige **conditio jurisjurandi** bestimmt ist: eine ungebührliche Beschränkung der persönlichen Freiheit, wenn sie gleich nur indirect ausgesprochen ist, soll eben so wenig geduldet werden, als eine Einwirkung auf religiöse Ueberzeugungen durch die Triebfeder des Eigennutzes und der Gewinnsucht. Es dürfen also Gewissens- und Glaubensfreiheit auf keinerlei Weise beeinträchtigt werden, weder geradezu, noch

23) v. Vangerow Leitf. zu Pandektenvorlesungen. S. 110 fg. — Von den Schriftstellern, welche die Bedingung für schlechthin giltig erklären, ist auch Thibaut zu nennen, Pand. §. 954. S. 464. u. dazu Braun Erört. S. 728.

auf die Weise, daß man Jemandem die Alternation stellt, entweder gegen seine religiösen Ueberzeugungen zu handeln, oder auf einen Gewinn zu verzichten. Allerdings bleibt der Mensch nichtsdestoweniger Herr seines Willens: allein bleibt er dies nicht auch, wenn ihm die Bedingung gemacht wird, nicht zu heirathen? Aber die Lust am Gewinn wird nur zu leicht das Gewissen einschläfern, oder die Täuschung hervorrufen, als ob das Bedungene nicht nach dem Willen des Anderen, sondern freiwillig und gerne geschehe. Verlockungen dieser Art aber sollen nicht Statt finden; das ist entschieden im Röm. Recht ausgesprochen. Man wende dagegen auch nicht ein, daß ja doch die Bedingung, eine bestimmte Person zu heirathen, eine giltige sey [24]). Immerhin mag dies eine inconsequente Bestimmung seyn; sie bleibt jedenfalls eine Ausnahme von der Regel, welche persönliche und Gewissens-Beschränkungen verbietet, mithin ist es eine ganz unzulässige Argumentation: weil einzelne Auflagen zugelassen werden, welche indirect die Handlungs- und Gewissensfreiheit beschränken, so sey dadurch jene Regel selbst aufgehoben! Muß man nun diese Regel zugeben, so folgt auch, daß die aufgeworfene Frage unbedingt zu bejahen und alle obigen Distinctionen zu verwerfen seyen, indem die Gewissens- und Religions-Freiheit durch alle oben erwähnten Bedingungen auf gleiche Weise beschränkt wird [25]).

Der zum strengen Ernst sich neigende Charakter der

24) Braun Erört. S. 728.

25) Uebereinstimmend sind Reinharth, Jäger, Sell (oben Note 23). Mackeldey Lehrb. §. 171. Not. f. (d. XI. A.) v. Wening Lehrb. §. 88. Nr. IV. 3. — S. auch Weber zu Höpfner. §. 490. Not. 2. Nr. 3.

Römer, welcher, als er bei der Nation selbst nicht mehr heimisch war, sich doch in der Jurisprudenz noch erhielte, bewirkte auch die Gleichstellung der thörichten Bedingungen (conditiones derisoriae) mit den turpes [26]), und zu solchen zählte man denn auch die Auflagen an den Erben, wodurch dieser zu einem überflüssigen Gepränge bei der Leichenbestattung des Testirers, zum Mitbegraben von kostbaren Kleidungsstücken u. a. Kostbarkeiten u. s. w. genöthigt werden sollte [27]). So kam man denn auch auf die Frage: ob der Erbe oder Vermächtnißnehmer sich die Bedingung gefallen lassen müsse, des Erblassers Namen anzunehmen [28]), und wenn man auch im Allgemeinen sich hierüber so erklärte: **nihil mali esse, honesti hominis nomen adsumere** [29]), so wurde doch auf die Annahme des Namens alsdann nicht bestanden, wenn sich mit diesem eine beschimpfende Bezeichnung verband: „**Sed et salutis ac dignitatis ratio habenda erit; quid enim, si — — jussus sit — —, nomen** ***vespillionis*** [30]) **ferre**"? [31]) Ja nach einer an-

26) L. 14. D. *h. t.* — Vergl. oben Not. 93.

27) L. 113. §. 5. D. *de leg.* I. — Vergl. Freheri Parerg. Lib. I. c. 26. (bei Otto thes. I. p. 897. sqq.) *Ram. del* Manzano ad Leg. Jul. et P. P. LX. I. c. 19. (bei Meerm. V. p. 96. sqq.)

28) Ein Beispiel einer solchen Auflage findet sich in einem von Puggé mitgetheilten Bruchstück eines alten Testaments, in dem Rhein. Mus. für Jurisprudenz, Philologie u. s. w., Bd. I. Hft. 3. S. 249 fg.

29) L. 63. §. 10. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1).

30) d. h. eines Menschen, welcher sich mit dem Wegbringen oder Begraben verächtlicher Leichen beschäftigte; s. Brisson. v. *vispillio;* Pothier Pand. Justin. ad Sct. Treb. Nr. 97.

deren Stelle konnte der Erbe überall nicht zur Annahme des fremden Namens gezwungen werden, wenn er etwa aus Pietät seinen angestammten Namen nicht ablegen wollte. Zwar heißt es hier: „nec enim in famosis et turpibus nominibus hanc conditionem exigit Praetor“. Allein es wird hinzugefügt: „Sed tamen, si recuset nomen ferre, remittenda est ei conditio, ut Julianus ait, et permittendae utiles actiones, aut bonorum possessio secundum tabulas danda est, uti nactus actiones, transferat eas ex senatusconsulto“ 32). Hier wie in der oben angeführten Stelle ist von einem unter einer solchen Bedingung eingesetzten Fiduciarerben die Rede und es wird gefragt: ob er zur Erfüllung der testamentarischen Bedingung gezwungen werden könne, um demnächst die Erbschaft zu restituiren? Da nun ein Fiduciarerbe in Beziehung auf die Erfüllung einer Bedingung auch sonst begünstigt ist 33), so könnte man vielleicht geneigt seyn, auch in diesem Falle an eine solche Begünstigung zu denken. Indessen wird dadurch immer der Widerspruch der Stelle selbst nicht gehoben, indem die eine von einem Zwange spricht, ausgenommen wenn der Testirer den Namen vespillio geführt habe, die andere aber Alles auf den Willen des Erben ankommen zu lassen scheint, vorher jedoch ebenfalls die Wendung nimmt, als ob stets ein Zwang eingetreten sey, wenn nicht der Name zu den verächtlichen und lächerlichen gehört habe. Am einfachsten erklärt man diesen Widerspruch wohl auf die Art:

31) L. 7. in f. D. *ad Sct. Treb.*

32) L. 63. §. 10. D. *eod.*

33) L. 63. §. 7—9. *eod.*

der Prätor giebt nicht anders eine **secundum tabulas Bon. possessio**, als wenn man die testamentarischen Bedingungen erfüllt, oder dieserhalb Caution bestellt. Auf gleiche Weise verlangt er auch die Erfüllung der Bedingungen, die in der Macht des Erben liegen, von dem Fiduciarerben, wenn gegen ihn auf Antretung und Restitution angetragen wird. Aber so wenig er die Erfüllung unanständiger Bedingungen fordert, eben so wenig fordert er die Annahme unanständiger Namen; ist der Name ein anständiger, so verlangt er zwar die Annahme desselben, ohne gleichwohl dem Erben das Gehör zu versagen, wenn dieser sonstige Gründe anführt, weshalb er die Annahme des Namens ablehnen möchte[34]). An sich ist also die **conditio nominis ferendi** keine unanständige und darum galt auch der Vertrag, wodurch man sich zur Annahme eines **nomen (honestum)** verpflichtete[35]): indessen glaubte man doch die so sehr natürliche Anhänglichkeit an den angestammten Familiennamen nach Möglichkeit schonen zu müssen, und ließ darum einen eigentlichen Zwang zur Annahme des fremden alsdann nicht eintreten, wenn Jemand sich dazu nicht durch Vertrag verbindlich gemacht hatte[36]).

34) Für bedenklich scheint auch Cicero die Nöthigung zur Annahme eines fremden Namens zu halten, vielleicht aber nur, weil die Erblasserin in dem von ihm angeführten Falle eine Frau war; **ep. ad Att. VII. 8.** „**rectumne sit nobili adolescenti mutare nomen, mulieris testamento**,“ — Vergl. auch **Sueton. Tiber. c. 6.**

35) **arg. L. 19. §. 6. D.** *de donat.*

36) Vergl. Heinr. **Cujacii observ. XXI. 39. Fornerii rer. quot. V. 17. (Otto P. II. p. 269. sq.). Heraldi obs. II. 19. 20. (Otto P. II. p. 1332. sq.). Avera-**

Von der Wirkung unmöglicher Bedingungen wurde schon oben (S. 97 fg.) gehandelt und wird Genaueres noch im folg. §. vorkommen. Nur zum Verständniß des Folgenden soll hier wiederholend bemerkt werden, daß in der Regel bei Verträgen jede unmögliche Bedingung Ungiltigkeit des Vertrags, dem sie beigefügt ist, zur Folge hat[37]), bei letztwilligen Verfügungen aber pro non scripta zu achten ist, d. h. die Bedingung bleibt unbeachtet, die Disposition selbst aber giltig und wirksam[38]). Hierbei macht es nun keinen Unterschied, ob die Bedingung nach Naturgesetzen unmöglich ist, oder nach Rechtsgesetzen, oder nach moralischen und Anstands-Gesetzen. Was unerlaubt und darum nach Rechtsbegriffen unmöglich sey? kann gefragt werden und steht unter dem Einflusse positiver Gesetze und der herrschenden Ansichten über Sitte und Sittlichkeit. Allein ist einmal bestimmt, was dahin zu rechnen sey, so kann auch nichts darauf ankommen, aus welchem Grunde die Unmöglichkeit abgeleitet wird. Dies erkennen die Römer auch auf das entschiedenste an, indem gewöhnlich, wenn von der Wirkung unmöglicher Bedingungen die Rede ist, die physisch unmöglichen mit den übrigen, und von diesen die juristisch und moralisch unmöglichen zusammengestellt werden. Z. B. „exceptis iis, quae *impossibilia* sunt,

nii interpr. Lib. II. c. 24. nr. 45. Majansii Disp. XXXIV. f. 35. Dirksen Versuche S. 73 seq. (Nr. II.) u. das. besonders S. 84. 87.

37) §. 11. J. *de inutilib. stipul.* L. 31. D. *de reg. iur.* L. 123. D. *de V. O.*

38) §. 10. J. *de hered. instit.* L. 14. D. *h. t.*

39) §. fin. J. *de leg.* — L. un. in f. C. *de his, quae poenae nomine.* (VI. 41).

vel *legibus interdicta*, vel *alias probrosa*"[39]); oder: „ubi omnino conditio *jure impleri non potest*, vel *id facere ei non liceat*, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si *ea conditio*, *quae natura impossibilis est*, inserta esset"[40]). Und auch da, wo von den physisch unmöglichen Bedingungen überall nicht die Rede ist, wird doch anerkannt, daß die juristisch und moralisch unmöglichen auf einer Stufe rechtlicher Bedeutung stehen: „Si quis scripserit testamento fieri, *quod contra jus est*, *vel bonos mores*, non valet; veluti si quis scripserit *contra legem* aliquid vel *contra edictum Praetoris*, vel etiam *turpe aliquid*"[41]). — Indessen hat man sich in neuerer Zeit gegen die Bezeichnung der unmoralischen und unanständigen Bedingungen durch unmögliche erklärt, und behauptet, daß in unseren Rechtsquellen nur die juristisch unmöglichen den eigentlich oder nach Naturgesetzen unmöglichen verglichen würden, nicht aber auch die zuerst genannten[42]). Was nun diese

40) L. 137. §. 6. D. *de V. O.* (XLV. 1). — Lies't man mit Haloander: et si velit facere, id ei non liceat, so würde dieser Satz mit dem unmittelbar vorgehenden: conditio *jure* impleri non potest, zusammenhängen, folglich diese Stelle nicht als Beweis dafür angeführt werden können, daß auch das Unmoralische mit dem Unmöglichen verglichen worden sey. In den sonst angeführten Stellen ist aber die Gleichstellung so klar ausgedrückt, daß dagegen schwerlich eine Erinnerung aufkommen kann.

41) L. 112. §. 3. D. *de leg.* I.

42) Arndts a. a. O. (Beitr. u. s. w.) S. 171 — 182. — Wenn die im folg. Theile des Textes hervorgehobenen Argumente dieses Schriftstellers, zur Vermeidung unnöthiger

letztere Behauptung anbetrifft, so erhellt das Gegentheil wohl deutlich genug aus den angeführten Stellen (s. besonders Not. 39). Sehen wir indessen davon ganz ab und fragen nur nach der Begründung jenes Tadels und nach der practischen Bedeutung der neuen Lehre. — „Juristisch unmögliche Bedingungen (sagt man) können nach dem Rechte oder aus juristischen Gründen nicht erfüllt werden, und darum sind sie so unmöglich, wie die nach Naturgesetzen unerfüllbaren; das Unerlaubte dagegen kann trotz dem Rechts- oder Sittengesetze dennoch geschehen, es darf nur nicht erfüllt werden. Es könne also an sich wohl als Bedingung gedacht werden und es bedürfe erst besondere Bestimmungen, oder einer Folgerung aus höheren Grundsätzen, um behaupten zu können, daß solche Bedingungen unzulässig seyen." — Aber steht nicht gerade hier das juristisch Unzulässige und das nach ethischen und Anstands-Gesetzen Unstatthafte auf gleicher Stufe? Wer möchte z. B. wohl behaupten, daß die Heirath mit einer Ancilla, das Testament eines Peregrinus u. s. w. zu den eigentlichen Unmöglichkeiten gezählt worden sey? Bedarf es etwa hier nicht erst besonderer Bestimmungen oder Folgerungen aus höheren positiven Rechtsansichten, um solche Bedingungen für unzulässige halten zu müssen? Man sollte denken, viel eher noch als bei den nach moralischen Gesetzen unstatthaften; denn die Sittlichkeits-Prinzipien sind wohl allenthalben gleich, die des positiven Rechts sind es keineswegs. — Aber „wären die unerlaubten Bedingungen nach demselben Gesichtspunkte zu beurtheilen, wie die

Ausführlichkeit auch nicht durchgängig mit den eigenen Worten desselben wiedergegeben sind, so wird doch Treue der Relation hoffentlich nicht vermißt werden.

juristisch unmöglichen, so könnte nichts darauf ankommen, von Wem das Unerlaubte geschehen solle; denn die unerlaubte Handlung ist immer in demselben Sinne moralisch unmöglich, oder dem Rechts- und Sittengesetze widerstreitend, und dennoch kommt es in Ansehung der Wirksamkeit solcher Bedingungen wesentlich darauf an, Wessen die in der Bedingung gesetzte unerlaubte Handlung sey, und nur in sofern haben sie gleich den unmöglichen Bedingungen je nach Verschiedenheit des Geschäfts, dem sie hinzugefügt werden, Nichtigkeit desselben zur Folge, oder werden gar nicht beachtet, als sie dazu beitragen könnten, daß dasjenige, was nicht geschehen sollte, dennoch geschehe." — Hiedurch aber, so wie durch die hinzugefügten Beispiele (z. B. ungiltig ist der Vertrag, wodurch Jemandem ein Vortheil zugesagt wird, unter der Bedingung, daß er etwas Schlechtes thue, giltig der Vertrag, wodurch sich Jemand zu einer Leistung verpflichtet, wenn er etwas Unerlaubtes thue u. s. w.), ist nichts Anderes ausgesprochen, als daß für die rechtliche Würdigung der Frage: ob eine Handlung als eine widerrechtliche und unerlaubte zu betrachten sey, hier, wie überall, ihr Zweck, die persönlichen Verhältnisse und überhaupt die individuellen Umstände in Betracht gezogen werden müßen; wenn diesem zu Folge die bedingende Thatsache nach einer Richtung hin als unerlaubt, nach einer anderen Richtung als erlaubt erscheint, so ist es ja eben nicht mehr dieselbe Thatsache, — oder: der Begriff des Erlaubten und Unerlaubten ist häufig nur nach concreten Merkmalen zu bestimmen, was aber darnach als unerlaubt erscheint, ist es nicht weniger, als wenn das bedingende Ereigniß nach absoluten Merkmalen nicht geschehen darf, — es ist der Wirkung nach eben so unmöglich, als wenn

die Unmöglichkeit auf rein juristischen Prinzipien oder auf Naturgesetzen beruhet. „Handlungen, welche durch eine juristische Norm für nichtig erklärt sind, wie wenn z. B. zur Bedingung gemacht ist, daß Jemand eine Sache **extra commercium** verkaufe, haben weit mehr Aehnlichkeit mit den physisch als mit den moralisch unmöglichen Bedingungen“[43]). Dies Moment wäre nur von Bedeutung, wenn nicht auch die einem Vertrage hinzugefügten moralisch unmöglichen Bedingungen Nichtigkeit des Vertrags bewirkten; da aber dies der Fall ist, kann es gar keine Berücksichtigung verdienen[44]).

43) So drückt sich der Rec. der Sell'schen Schrift (Allg. L. Z. v. 1837. Erg.Bl. Nr. 5.) aus, dessen Aeußerung Arndts (S. 171) anführt und billigt.

44) Auch soll nach Arndts a. a. O. S. 180 fg. es auf einer Begriffsverwechslung beruhen, daß die **conditio jurisjurandi** zu den moralisch und nicht vielmehr zu den juristisch unmöglichen Bedingungen gezählt zu werden pflege, da deren Unzuläßigkeit doch durch das prätorische Edict bestimmt sey, auch auf letztwillige Verfügungen sich beschränke. Indessen hätte dies Verbot und dessen Beschränkung eben in den Ansichten der Römer über Sittlichkeit und Anstand seinen Grund, was auch von Arndts selbst nicht verkannt wird (S. 181), und so dürfte sich auch hierin wiederum nur ein Beleg finden, wie genau das juristisch und das moralisch Unerlaubte, oft auch dem Grunde nach, mit einander zusammenhängt. Schwerlich wird auch die Auslegung der **L. 97. D.** ***de cond. et dem.*** Beifall finden, daß, wenn Paulus hier sagt: **Haec conditio (si jurassent) non est impossibilis**“, derselbe nur habe ausdrücken wollen, daß diese Bedingung keine unmögliche im eigentlichen Sinne sey, indem auch juristische Personen möglicherweise schwören könnten (ebendas. S. 181 fg. Not. 27.). Da hier von einem

In der That entbehrt also dieser Unterschied aller practischen Realität, wie dies auch dem Grundsatze nach von Sell angenommen wird, welcher die richtige Behauptung aufstellt und durchführt, daß die juristisch und moralisch unmöglichen Bedingungen ihrer Wirkung nach zusammenfallen[45]). Indessen zerstört derselbe (wenn wir ihn anders recht verstehen) seinen Grundsatz mittelbar wieder dadurch, daß er auszuführen sucht: so oft eine Bedingung nur zur Zeit unmöglich sey, oder m. a. W. der vorhandene Grund der Unmöglichkeit einmal gehoben werden könne, komme bei letztwilligen Verfügungen nicht die Zeit der Errichtung des Testaments in Betracht, sondern die des Anfalls, so daß mithin eine solche Bedingung keineswegs als nicht hinzugefügt gelte, sondern erfüllt werden müsse, solle anders die Disposition in Wirksamkeit treten[46]). Nun ist aber das positive Recht eines Volks einem öfteren Wechsel unterworfen[47]), woraus

unter der conditio jurisjur. dem Municipium hinterlassenen Vermächtnisse die Rede ist, diese Bedingung sonst pro non scripta gilt, die municipes aber den Eidschwur leisten sollen, so ist klar, daß der Jurist sagen wollte: in diesem Falle ist die Bedingung keine unmögliche, und in der That erklärt sich diese Ausnahme auch sehr wohl daraus, daß selbst nach den strengsten Begriffen von Moral er nicht für verwerflich gehalten werden kann, wenn die municipes einen Eid leisteten, um nicht sich selber, sondern der Gemeinde einen Vortheil zuzuwenden; s. oben S. 97. 98. Not. 9.

45) A. a. O. §. 3. a. E. und §. 4.

46) A. a. O. §. 9. S. 45—55.

47) S. L. 137. §. 6. D. *de V. O.* („quod nunc impossibile est, postea possibile fieri" —). Sell a. a. O. S. 46. hebt diesen Wechsel besonders hervor, ohne

denn mit Nothwendigkeit folgen würde, daß eigentlich juristisch (nicht zugleich auch in sittlicher Hinsicht) unmöglichen Bedingungen das Prädicat der Unmöglichkeit überall nicht zukommen kann. Die gänzliche Unhaltbarkeit dieser Theorie ist augenfällig. Wenn das positive Gesetz eine Handlung für unmöglich und unzulässig erklärt, so muß sie auch dafür wirklich gehalten werden, so lange das Gesetz besteht, oder: für alle und jede unter der Herrschaft desselben zu Stande gekommenen Rechtsgeschäfte hat sie die Bedeutung einer unmöglichen Handlung; der Gesetzgeber würde mit sich im Widerspruch seyn, wollte er wegen der bloßen Möglichkeit einer Rechtsänderung seinem Gesetze nicht die volle Bedeutung und Wirksamkeit zugestehen. Dies erkennt denn auch das röm. Recht auf das bestimmteste an, indem namentlich das auf Leistung einer res sacra, religiosa u. s. w. gerichtete Versprechen für ein so wirkungsloses erklärt wird, als wenn es unter einer nach Naturgesetzen unmöglichen Bedingung geschehen wäre, wobei denn hinzugefügt wird: *„nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id quod*

übrigens zu verkennen, daß auch das Sittengesetz zu verschiedenen Zeiten und von verschiedenen Nationen auf verschiedene Art erkannt werde, ferner, daß, wenigstens auch bei relativ physisch unmöglichen Bedingungen sich ein Aufhören der Unmöglichkeit denken lasse. Ist nun dies der Fall, so läßt sich kein Grund einsehen, weshalb nicht auch für diese Bedingungen ein Gleiches gelten sollte. Jedenfalls muß aber Sell nach seinem Prinzip zu dem Resultate kommen: alle s. g. juristisch unmögliche Bedingungen sind keine unmögliche, — ein Resultat, das sich nimmermehr mit den Quellen, so wie mit den eigenen Behauptungen dieses Schriftstellers vereinigen lassen würde.

nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio"[48]). Die Gründe, worauf sich diese Entscheidung stützt, beruhen auf dem allgemeinen Rechtsprinzip: was gegen das Gesetz geschieht ist nichtig; sie sind außerdem ganz allgemein gehalten (— daß das positive Recht, sagt der Jurist, sich ändern und sonach das jetzt Unmögliche einmal möglich werden kann, verdient durchaus keine Berücksichtigung), für die Beschränkung auf Vertragsrechte spricht mithin nichts, als daß die Entscheidung sich auf ein solches Recht bezieht. Denn daß durch Verträge ein unwiderrufliches Recht erworben wird, letztwillige Verfügungen aber von dem Disponenten widerrufen werden können[49]), hat durchaus nichts zu thun mit der Frage: wovon hängt die Giltigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts an sich ab? Ueberdieß ist ja, einer bekannten Regel zu Folge, gerade bei Testamenten der Zeitpunct ihrer Entstehung vorzugsweise zu berücksichtigen, wenn von den Voraussetzungen der Giltigkeit und rechtlichen Bedeutung des Testaments die Rede ist[50]). Endlich ist es in Beziehung auf die falsae conditiones, deren Voraussetzungen doch gewiß nach der Testamentserrichtung leicht eintreten können, an-

48) L. 137. §. 6. D. *de V. O.* — Vergl. L. 35. §. 1. D. *eod.* (Hier wird entschieden, daß die Bedingung, seine Adoptivschwester zu heirathen, wenn sie gleich möglich werden könne, dennoch als unzuläßig zu betrachten sey: „*quia statim contra mores* sit".)

49) Sell a. a. O. S. 47. 48.

50) L. 101. D. *de reg. jur.* — L. 41. §. 2. D. *de leg. I.* (Vergl. §. 4. J. *de heres quae et diff.*

erkannt, daß, wenn deren Erfüllung nicht zur Zeit der Entstehung des Testaments schon möglich ist, die Bedingung für nicht geschrieben zu halten sey[51]). Fragen wir nun nach den Gründen, worauf die entgegengesetzte Ansicht sich stützt, so dürfen wir uns billig wundern, dafür im Wesentlichen nur folgende Aeußerung des Pomponius angeführt zu finden: „Si ancillae alienae, *quum ea nupsisset*, legatum sit, Proculus ait, utile legatum esse: *quia possit manumissa nubere*"[52]). Hieraus wird nun in folgender Art argumentirt: die Verheirathung mit einer Sclavin ist juristisch unmöglich. Da nun aber dennoch eine darauf gestellte Bedingung für zuläßig erklärt wird, weil ja durch Manumission der Sclavin die Heirath möglich werden könne, so sei damit ausgesprochen, daß Bedingungen, welche zwar zur Zeit der Testamentserrichtung nicht möglich sind, späterhin aber möglich werden können, nicht pro non adjectis gelten. — Wie voreilig aber diese Schlußfolgerung sey, wird sich hoffentlich aus folgender Interpretation der Stelle ergeben. — Das Vermächtniß bezog sich hier ganz offenbar auf die Person der Unfreien selbst, wie aus der hinzugefügten Bedingung sich ergiebt. Da es hiernach nun nicht nur der Person des Herrn aufrecht erhalten werden konnte, so war das juristische Hinderniß, welches der Wirksamkeit dieser Verfügung entgegenstand, die Erbunfähigkeit der Vermächtnißnehmerin. Erbfähigkeit mußte bekanntlich in der Regel schon bei der Testamentserrichtung vorhanden seyn, nicht blos für den Erben, sondern auch für einen Ver-

51) L. 104. §. 1. D. *de leg. I.*

52) L. 58. D. *de cond. et dem.*

mächtnißnehmer [53]). Die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses konnte indessen beseitigt werden, wenn man die Bedingung der Erbfähigkeit hinzufügte [54]), ja bei Vermächtnissen war auch dies nicht einmal nöthig, sondern es genügte überhaupt eine bedingte Anordnung derselben, um für den Fall, daß das Hinderniß wegfallen sollte, zu gelten, denn die Catonianische Regel (nach welcher auch bei Vermächtnissen alle Erfordernisse oder Bedingungen der Giltigkeit schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden seyn sollten) wurde auf bedingte Vermächtnisse nicht angewandt [55]). Es ist also klar, daß Verfügungen dieser Art überall nicht nach den Grundsätzen juristisch unmöglicher Bedingungen behandelt wurden. Wäre dieß der Fall gewesen, so würde ein solches Vermächtniß überall nicht haben gelten können, da, wenn auch die Bedin-

53) L. 1. pr. D. *de reg. Caton.* (XXXIV. 7.) et arg. L. 59. §. 4. in f. D. *de hered. inst.*

54) arg. L. 62. pr. D. *de hered. inst.* — Vergl. Bd. 39. d. Comment. S. 155—158.

55) L. 3. D. *de reg. Cat.* u. L. 42. §. 2. D. *de leg.* I. — „Si ab initio non valet legatum, ex post facto non convalescet —. Sed *si sub conditione legetur, poterit* legatum *valere* — —. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, *quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.*" (Uebrigens ergiebt sich aus der letzten Stelle, was auch ohnehin nicht bezweifelt werden darf, daß die Catonianische Regel nebst der so eben vorgetragenen Beschränkung derselben nicht blos auf Erbfähigkeit sich bezog, sondern auch auf andere Erfordernisse rechtsgiltiger und wirksamer Vermächtnisse.) — Vergl. noch Bd. 39. d. Comment. S. 139—145.

dingung gestrichen wurde, doch die deutlich erklärte Absicht des Testirers übrig blieb, daß die Sclavin selbst, nicht ihr Herr, das Vermächtniß haben solle, dieselbe aber wegen persönlicher Unfähigkeit ebenfalls nicht erhalten konnte. Das einzige Mittel also, das Legat aufrecht zu erhalten, lag darin, daß man die Bedingung gelten ließ, oder den Rechtssatz zur Anwendung brachte: **ad conditionalia Catoniana non pertinet**, indem alsdann Erbfähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung nicht erfordert wurde.

Es ist hierbei aber noch die Eintheilung der unmöglichen Bedingungen in affirmative und negative zu erwähnen, wovon die bisher übliche Darstellungsweise folgende war: eine affirmative unmögliche Bedingung ist diejenige, wodurch der Erfolg des Geschäfts von dem Eintritt eines unmöglichen Ereignisses abhängig gemacht wird (z. B. **si coelum ascenderis**), eine negative unmögliche Bedingung, welche den Erfolg an das Nichteintreten des Unmöglichen knüpft (z. B. **si coelum non ascenderis**). Die affirmativ (physisch oder morali) unmöglichen Bedingungen werden bei letztwilligen Verfügungen **pro non scriptis** geachtet, bei Verträgen werden diese selbst dadurch ungiltig. Negative Bedingungen sind, als physisch unmögliche, auch bei Verträgen wie gar nicht vorhanden anzusehen, sind sie moralisch unmögliche (also darauf gestellt, daß das juristisch oder moralische Unmögliche nicht geschehe), so haben sie bei letztwilligen Verfügungen stets Bedeutung, bei Verträgen aber kommt es darauf an, ob sich Jemand dafür etwas ausbedingt, daß er das moralisch Unmögliche unterlasse, oder für den umgekehrten Fall sich einem Nachtheile unterwirft; jenes ist an sich unanständig, bewirkt also Un-

gültigkeit des Vertrags, dieses ist erlaubt, mithin auch bei Verträgen rechtlich wirksam[56]). — Gegen diese Sätze läßt sich in materieller Beziehung auch nichts einwenden, nur gegen die Begriffsbestimmung der negativen unmöglichen Bedingungen sind in neuerer Zeit gegründete Erinnerungen vorgebracht[57]). Zu dieser Begriffsbestimmung haben allerdings die Quellen selbst Veranlassung gegeben, indem z. B. von einer conditio impossibilis in non faciendo expressa gesprochen wird[58]). Auch darf man gewiß, ohne irgendwie gegen Logik und Sprache zu verstoßen, von einer negativ zur Bedingung gestellten unmöglichen Thatsache sprechen. Allein erstlich ist dies (wenigstens wenn das Factum ein physisch unmögliches ist) keine unmögliche Bedingung, vielmehr eine necessaria —, eine solche, die unter allen Umständen eintreten muß[59]). Sodann aber kann man eine negativ unmögliche Bedingung doch eigentlich nur diejenige nennen, wodurch das Nichteintreten dessen, was nothwendig geschehen muß, ausbedungen wird, z. B. wenn es nie wieder regnen, wenn Titius überall nicht sterben sollte u. s. w. Von einer solchen aber gilt natürlich ganz dasselbe, was von der affirmativ physisch unmöglichen, also nur bei letztwilligen Verfügungen ist sie als nicht

56) Thibaut Pand. §. 91. — Diese Darstellung findet sich auch noch in der zweiten deutschen Ausg. meines Lehrb. I. §. 108.

57) S. Arndts a. a. O. S. 164 fg. Vergl. auch Sell a. a. O. S. 101—103.

58) L. 50. §. 1. D. *de heredib. inst.* — Vergl. L. 7. D. *de V. O.*

59) S. L. 7. *de V. O.* u. den vor. §. S. 66 fg. Nr. 2.

geschrieben anzusehen, bei Verträgen dagegen bewirkt sie Ungiltigkeit der ganzen Disposition. Gehen wir nun von dem Prinzip aus, daß der juristischen Bedeutung nach, das rechtlich und moralisch Unmögliche dem physisch Unmöglichen gleich zu stellen sey, so müssen wir auch hier, d. h. bei den negativen moralisch unmöglichen Bedingungen, ein Gleiches annehmen. Daß man seine nächsten Angehörigen alimentire, daß man seinen Erblasser anständig begrabe u. s. w. gehört zu den heiligsten Rechts- und Liebespflichten. Es kann zwar möglicherweise unterbleiben, aber weil es geschehen soll, ist es auch nothwendig; darum bewirken Auflagen, die auf das Gegentheil gerichtet sind, bei letztwilligen Verfügungen, daß diese als unbedingte, bei Verträgen, daß sie gar nicht gelten. Dies ist denn auch in Beziehung auf erstere ausdrücklich anerkannt: „**Conditiones** (sagt Paulus), **quae contra bonos mores inseruntur, remittendae sunt, veluti si ab hostibus patrem suum non redemerit, si parentibus suis patronove alimenta non praestiterit**“ [60]). — Wie nun aber, wenn die Bedingung so gestellt ist, daß Jemand einem Nachtheile oder einer Beschränkung für den Fall unterworfen wird, daß er das rechtlich oder sittlich Gebotene nicht thue? Bei Verträgen war wohl die Giltigkeit und rechtliche Wirksamkeit solcher Bestimmungen nie zweifelhaft [61]) und auch

60) L. 9. D. *h. t.*

61) Arg. L. 121. §. 1. D. *de V. O.* (Hierin wird von einem Falle gehandelt, wo der Mann sich gegen seine Frau zur Zahlung einer gewissen Summe anheischig machte, falls er während der Ehe sich wieder zu einer Beischläferin halten werde, und dieses Versprechen für giltig erklärt. So

bei letztwilligen Verfügungen sind sie für zuläßig zu achten, seitdem die legata poenae nomine relicta dafür erklärt sind, indem hierunter nichts anders zu verstehen ist, als eine Beschränkung des Erben unter der Bedingung, daß dieser nicht erfülle, was von ihm gefordert werden kann, gleichviel ob nach rechtlichen, oder moralischen Vorschriften, oder nach den im Testamente ihm gemachten Auflagen[62]). Schwerlich aber läßt sich hieraus schließen, daß, wenn von der rechtlichen Würdigung moralisch unmöglicher Bedingungen die Rede ist, dafür andere Grundsätze gelten, wie für die nach anderen Gesichtspunkten unmöglichen[63]). Eine moralisch unmögliche Bedingung kann nichts anderes heißen, als: die Bedingung dessen, was moralisch unmöglich ist. In unserem Falle wird ja aber nicht das moralisch Unmögliche ausbedungen, sondern gerade umgekehrt soll es verhütet, soll ihm mittelbar entgegengewirkt werden. Es kommt ja nicht die bedingende Thatsache an sich in Betracht, um zu bestimmen, ob eine Bedingung zuläßig sey, oder nicht, sondern die individuelle Richtung derselben (s. oben S. 113); er-

gut indessen man sich einem Nachtheile für den Fall unterwerfen kann, wenn man das Unerlaubte thun werde, eben so gut muß es auch möglich seyn, auf den Fall sich zu verpflichten, wenn man das Gebotene nicht thun werde. Ja man wird so ziemlich allenthalben jedem Falle dieser Art beliebig eine affirmative oder eine negative Wendung geben können; ob z. B. der Frau etwas zugesichert wird, falls der Mann ihr die angelobte Treue nicht halten sollte, oder falls er mit einer Anderen einen unerlaubten Umgang unterhalten werde, ist gewiß einerlei.)

62) S. §. fin. J. *de legat.*

63) So Arndts a. a. O. S. 172 fg.

scheint die Auflage hiernach in dem einen Falle als erlaubte, in dem anderen Falle als unerlaubte, so ist es überall nicht mehr dieselbe Thatsache. Denn dasselbe kann nicht zugleich moralisch und unmoralisch seyn; es beruht daher offenbar auf Begriffsverwechslungen, wenn man eine rechtliche Verschiedenheit moralisch unmöglicher und sonst unmöglicher Bedingungen daraus ableiten will, daß der Ausdruck derselben Worte bald etwas Erlaubtes, bald etwas Unerlaubtes bezeichnet, je nach der verschiedenen Richtung und dem verschiedenen Zweck einer Auflage. Eben so wenig kann es zugegeben werden, daß eine Bestimmung, wodurch ein Honorirter für den Fall einem Nachtheile unterworfen wird, daß er das Unmögliche nicht thue, eigentlich pro non scripta zu Gunsten des Dritten hätte gelten müssen, und dies in unseren Quellen auch anerkannt seyn würde, hätte früher nicht der Grundsatz bestanden, daß poenae nomine relicta ungiltig seyen[64]). Beschränkungen einer liberalen Verfügung sind immer zunächst auf die Person dessen zu beziehen, dem etwas zugewandt werden sollte. So wie daher die bedingte Ademtion eines Vermächtnisses einer bedingten Zuwendung gleich steht, wenn auch diese selbst unbedingt ausgesprochen seyn sollte[65]), eben also muß es sich mit jeder anderen Beschränkung verhalten. Wird

64) Arndts a. a. O. S. 172. Note 13.

65) L. 6. pr. D. *quando dies leg.* („Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, quasi sub conditione legatum habetur.") L. 10. pr. D. *de adim. leg.* (XXXIV. 4.) — „nam legatum, quum sub conditione adiimitur, *perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset.*"

dem Erben etwas auferlegt, unter der Bedingung, daß wenn er es nicht thue, ein Anderer honorirt seyn solle, so ist zunächst nur die dem Erben gemachte Zuwendung eine bedingte, die zu Gunsten des Dritten hinzugefügte Beschränkung ist nur mittelbar bedingt. Ist nun die Auflage etwas Mögliches und Erlaubtes, so muß sie erfüllt werden, ist sie unmöglich oder unerlaubt, so besteht die Verfügung für ihn als unbedingte, wodurch denn der Dritte von selbst ausgeschlossen wird, und ein gleiches gilt natürlich auch, wenn sie conditio necessaria ist, oder mit Nothwendigkeit erfüllt werden muß, wohin auch die Auflage gehört, das Unmögliche nicht zu thun[66]).

Das Resultat des Gesagten nun, soweit es überall hieher schon gehört, ist Folgendes: 1) Ist die Bedingung gestellt, daß etwas geschehe, was mit physischer Nothwendigkeit geschehen muß, oder daß unterbleibe, was ohnehin nicht geschehen kann (conditio necessaria), so ist die Bedingung, aber auch nur diese, als gar nicht existirend zu betrachten. — 2) Ist die Bedingung darauf gerichtet, daß geschehe, was mit rechtlicher oder moralischer Nothwendigkeit geschehen muß, oder daß unterbleibe, was rechtlich und moralisch nicht geschehen darf, so hat dies bei letztwilligen Verfügungen die gewöhnlichen Wirkungen, d. h. das Recht hängt davon ab, daß die Bedingung erfüllt, oder nicht übertreten werde; Vertragsrechte können davon nicht abhängig gemacht werden, daß

66) Ganz in diesem Sinne entscheidet denn auch Justinian, daß in den Fällen, wo dergleichen Bedingungen für nicht geschrieben zu achten seyen, dem Erben Alles erhalten werde, also, daß es ihm verbleiben solle, als wäre es ihm unbedingt hinterlassen; L. un. in f. C. *de his, quae poenae nomine relinq.*

der bedingt Berechtigte so handle, wie er muß, oder das unterlasse, was er ohnehin nicht thun darf[67]). Einem bestimmten Nachtheile darf sich aber der Vertragsinteressent für den Fall unterwerfen, daß er seine Pflicht nicht erfüllt, oder das Schlechte nicht unterläßt; und seitdem die **poenae nomine relicta** nicht mehr ungiltig sind, gilt dasselbe auch von letztwilligen Verfügungen. 3) Ist die Bedingung unmöglich, so gilt sie für letztwillige Verfügungen als nicht beigefügt, ein also bedingtes Vertragsrecht dagegen existirt überall nicht; völlig gleichgiltig ist es dabei auch, ob die Unmöglichkeit auf physischen oder auf Rechts- und moralischen Gesetzen beruht — ob die Bedingung eine affirmative ist (z. B. **si mare ebiberis, si patrem necaveris**), oder eine negative (z. B. wenn Titius nicht sterben wird, — wenn Du Deinen Vater nicht ernähren wirst).

Der Paragraph giebt auch noch Veranlassung zur Erklärung einer anderen Eintheilung der Bedingungen, nämlich in **potestativae, casuales** und **mixtae**[68]), je nachdem die Erfüllung der Bedingung ganz von der Willkühr des bedingt Berechtigten abhängt (z. B. **si capitolium ascenderit heres**), oder vom Zufall, d. h. hier, wenn der Erfolg durchaus unabhängig ist von der Willkühr des bedingt Berechtigten (z. B. **si navis ex Asia venerit**), oder von der Concurrenz eines in des Berechtigten Macht und eines außer derselben stehenden Um-

67) **L. 7. §. 3. D.** *de pact.* **(II. 14.)** „**Si ob malificium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.**"

68) Vergl. hierüber oben Bd. IV. d. Comment. §. 337 a. S. 483 fg. Nr. VI. u. Bd. 36. §. 1421 h. S. 354 fg.

standes (z. B. si Titiam heres uxorem duxerit). Nur in einer Constitution Justinians finden sich diese drei Arten der Bedingungen ausdrücklich als spezifisch verschiedene bezeichnet: „Si autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat“ u. s. w.[69]). Auch hat man behauptet, daß sich in der That nur zwei Arten der Bedingungen unterscheiden ließen[70]), oder daß doch die Alten nur zwei Arten derselben unterschieden hätten[71]). Von dieser Streitfrage ist schon an anderen Orten des Commentars die Rede gewesen[72]), sie könnte mithin hier ganz mit Stillschweigen übergangen werden; wenn nicht seitdem noch ein neuerer Schriftsteller die der unsrigen entgegengesetzte Ansicht vertheidigt hätte (siehe Note 71). Die Gründe nun, worauf dieser Widerspruch beruht, sind einmal, daß nichts Willkührliches in der Welt geschehe, sondern was man dafür gewöhnlich zu halten geneigt ist, dennoch durch einen Zufall leicht vereitelt werden könne, es gebe daher überall keine potestativa conditio[73]); zweitens beruft man sich auf die bekannte Aeußerung von Paulus: „promiscuas conditiones post mortem impleri oportere“, wobei das Beispiel angeführt wird: „si Capitolium ascenderit“, und (wie sich auch sonst aus dem Inhalte der

69) L. un. §. 7. C. *de cad. toll.* (VI. 51.)

70) *A. Fr.* Schott de condit. potest. figmento (in opp. jur. p. 272 sq.)

71) Schilling Lehrb. f. Instit. u. R.G. §. 81. S. 272.

72) Bd. IV. S. 484. Not. 61. Bd. 36. S. 357.

73) Schott opusc. p. 273—275.

Stelle sehr bestimmt ergiebt) in der That das gemeint ist, was wir Potestativbedingungen zu nennen pflegen [74]). Lassen wir indessen auch Justinians Bestimmung hier ganz unbeachtet, so ist dennoch die Richtigkeit der gewöhnlichen Darstellung zu erweisen. Zuvörderst ist bekannt, daß ein filius suus nur unter einer Bedingung, deren Erfüllung regelmäßig von menschlicher Willkühr abhängt, eingesetzt werden konnte, nicht aber von einer solchen, die bei den Neueren eine gemischte heißt [75]). Die Alten wußten eben so gut, wie wir, daß menschliche Absichten stets durch Zufall gehindert werden können, und dennoch bezeichnen sie die Bedingungen, unter denen die Einsetzung der filii sui nur möglich ist, als solche, „quae in ipsorum sunt potestate", und fordern übrigens nur, daß der Eingesetzte seiner Seits thue, was in seinen Kräften liegt, um die Erfüllung möglich zu machen [76]). Freilich können nicht alle und jede Potestativbedingungen dem filius suus angesonnen werden, nämlich nicht solche, deren Erfüllung für ihn mit besonderen Umständen und Schwierigkeiten verbunden ist, welche daher auch wohl als nicht potestative bezeichnet werden [77]). Aber darum darf man noch nicht mit

74) L. 11. §. 1. D. *de cond. et dem.* — Schott l. l. p. 275 sq. und Schilling Lehrb. S. 274. Note s. (Dieser Schriftsteller äußert im Text die Meinung, daß die röm. Juristen nur potestative und zufällige Bedingungen unterschieden hätten (S. 272), wogegen er in der angef. Note die Schott'sche Lehre vorträgt: was man Potestativbedingungen nenne, seyen eigentlich nur gemischte.

75) L. 4. L. 5. L. 6. pr. D. *de heredib. instit.*

76) L. 8. §. 7. in f. D. *h. t.* L. 3. L. 11. *eod.*

77) S. z. B. L. 4. §. 1. D. *de heredib. instit.*

Schott[78]) behaupten, daß lediglich die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit der Erfüllung berücksichtigt werde, um zu bestimmen, ob eine Bedingung potestativ oder nicht sey. Eine Bedingung, in Beziehung auf welche es sich von vorne herein ergiebt, daß ihre Erfüllung eben sowohl von einem nicht in der Gewalt des Berechtigten stehenden Umstande, als von seinem Willen abhängt, kann nie als blos potestative betrachtet, folglich ein filius suus geradezu nicht unter einer solchen eingesetzt werden, gesetzt auch, der potestative Theil derselben (z. B. die Annahme eines Amts) sey durchaus mit keiner Schwierigkeit verbunden. Daraus ergiebt sich denn von selbst der wichtige Unterschied zwischen einer vermischten Bedingung und einer lästigen oder schwierigen Potestativbedingung: jene bewirkte Nichtigkeit des Testaments, wenn der Sohn unter einer solchen eingesetzt war, ohne unter der entgegengesetzten enterbt zu seyn, — diese brauchte nur nicht erfüllt zu werden[79]). Nimmt man nun hinzu, daß für die Frage: ob und in wieferne eine nicht erfüllte Bedingung dennoch für erfüllt gelte? die gemischten Bedingungen gleich sehr sich von den potestativen wie von den rein zufälligen unterscheiden (s. unten §. 1462), so bleibt für die entgegenstehende Ansicht nur noch das Argument übrig, daß Paulus einmal eine Potestativbedingung promiscuam conditionem nennt. Daß aber promiscuum hier nur: etwas Gewöhnliches und Alltägliches bedeute, wurde bereits an dem oben angeführten Orte dieses Commentars (S. 357 fg. Note 8) bemerkt, und ist dies gleich nicht ohne Widerspruch geblieben, so

78) A. a. O. S. 277.

79) Vrgl. L. 4. C. *de instit. et subst.* VI, 25.

sind doch Gründe dagegen nicht beigebracht, weshalb es denn hier bei einer Verweisung bewenden kann.

§. 1460.

Rechtliche Bedeutung der unmöglichen und der diesen gleichgestellten Bedingungen.

Es ist bereits ausgeführt, daß unmögliche Bedingungen bei Verträgen Ungiltigkeit des ganzen Geschäfts bewirken, bei letztwilligen Verfügungen aber als nicht geschrieben gelten, und zugleich der Grund dieser Verschiedenheit erörtert[80]). Den unmöglichen Bedingungen werden übrigens der Wirkung nach diejenigen gleichgestellt, deren Erfüllung, zwar weder Naturgesetzen, noch juristischen und moralischen Begriffen widerspricht, wohl aber mit den ernsten Gefühlen unverträglich sind, die der Gedanke an Tod und Zukunft bei jedem verständigen Menschen zu erzeugen pflegen, — mit andern Worten, die unverständigen Bedingungen. Sie werden in unseren Rechtsquellen als *derisoriae* conditiones bezeichnet[81]), oder auch als ineptae[82]), und es gehören an sich dahin auch die physisch unmöglichen (z. B. si digito coelum tetigerit), so wie die nach Gesetzen des Anstandes un-

80) S. oben S. 79 fg.

81) L. 14. D. *h. t.* — Vrgl. auch oben §. 1459. S. 107. u. das. Not. 27.

82) L. 113. §. 5. *de leg. I.* „Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti: vestes (aut si qua alia supervacua) ut in funus impendantur, non valere Papianus scribit“. — Vrgl. L. 14. §. 5. D. *de relig.* (XI, 7.) L. 40. §. 2. D. *de auro arg. leg.* (XXXIV, 2.)

zuläßigen, z. B. die Bedingung: si reliquias meas in mare abjecerit heres[83]); hier sind aber diejenigen gemeint, deren Erfüllung zwar geschehen kann (z. B. N. soll mein Erbe seyn, wenn er am Tage meines Begräbnisses eine Minute auf einem Beine stehen wird), auch den Gesetzen der Moral und des Anstandes nicht widerstreitet (z. B. das Mitbegraben von Schmuck oder kostbaren Kleidern), worin indessen etwas Thörichtes und Unverständiges liegt; diese sollen darum eben so gut unterbleiben, als die physisch und moralisch unmöglichen. — Mit Unrecht zählt man diesen den unmöglichen Bedingungen gleichgestellten auch die s. g. conditiones perplexae bei, d. s. die verworrenen und in sich selbst widersprechenden[84]); z. B. „si Titius heres erit, Sejus heres esto, si Sejus heres erit, Titius heres esto[85]). Unmögliche kann man dergleichen Bedingungen nur in soferne nennen, als eine Verfügung, die so verworren ausgedrückt wird, aller Interpretation, folglich auch der Ausführung unfähig ist. Auch läßt sich hier die Bedingung selbst nicht von der Hauptdisposition trennen, so daß man etwa sagen könnte: diese gelte und nur die verworrene und in sich widersprechende Bedingung sey pro non scripta zu halten. Ist die Bedingung undeut-

83) L. 27. pr. D. *h. t.* — Mit Recht bemerkt hier Modestin, es sey die große Frage, ob ein Testirer, der solche Bedingungen stelle, überhaupt bei Verstande sey, und dies vor Allem zu untersuchen sey, ehe von der Giltigkeit des Testaments die Rede seyn könne.

84) So z. B. Hellfeld in diesem §. Vergl. auch Sell a. a. O.

85) L. 16. D. *h. t.*

lich, so ist es nothwendig auch die ganze damit in Verbindung gesetzte Disposition, folglich ist eine Trennung des Einen von dem Anderen unmöglich. So wird die Sache auch in den Quellen und von gründlichen Civilisten betrachtet, und zwar nicht blos in Beziehung auf die eigentlich verworren ausgedrückten Bedingungen[86]), sondern auch wenn die Bedingung mit der hauptsächlichen Disposition in Widerspruch steht. So hatte ein Testirer über drei Viertheile seines Nachlasses durch Vermächtnisse verfügt und das letzte Viertheil Jemandem unter der Bedingung vermacht: falls nicht die Falcidische Quart abgezogen werden müßte. African entscheidet, daß dies Vermächtniß nicht gelten könne, indem, wenn man dasselbe auch als giltig angeordnet betrachten wolle, es doch jedenfalls zum Abzug der Quarte kommen, folglich die Bedingung desselben wegfallen würde[87]).

Den verworren ausgedrückten Bedingungen sind übrigens die **praeposterae conditiones** verwandt, d. h. diejenigen, nach deren buchstäblichem Ausdruck das Recht eher wirksam werden soll, als die Bedingung eingetreten ist; z. B. **si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes?**[88]) Oder: ich vermache dem Titius hundert, welche ihm gleich nach meinem Tode gewährt werden sollen, jedoch unter der Bedingung, wenn er sich spätestens binnen einem Jahre nach meinem Tode verheirathen wird. Auch dies scheint widersinnig zu seyn, und in der That erklärte

86) S. L. 16. D. *h. t.* H. Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 32. §. 9.

87) L. 88. pr. D *ad* Leg. *Falcid.* (XXXV. 2.)

88) §. 14. J. *de inutilib. stipul.* — L. 2. §. 6. D. *de eo quod certo loco.* (XIII. 4.)

die gemeine Meinung ein solches Geschäft für ungiltig [89]), Indessen gab es doch auch Juristen, welche sich für die Giltigkeit in der Art entschieden, daß der Eintritt der Bedingung abgewartet werden müsse, alsdann aber die Leistung von dem Zeitpunkte an gefordert werden dürfe, auf welchen das Recht gestellt war [90]), — m. a. W. daß die **praepostera conditio** die Bedeutung einer gewöhnlichen Suspensivbedingung habe, welche ja ebenfalls auf den Zeitpunkt zurückgezogen wird, mit welchem das Recht möglicherweise beginnen kann. Durch eine (verloren gegangene) Constitution K. Leo's wurde dies in Beziehung auf ein Dotalversprechen gesetzlich anerkannt, Justinian aber erhob es zu einem Rechtsgrundsatz für alle Geschäfte, unter Lebenden, wie auf den Todesfall, indem er bestimmte: „Praeposteri reprehensionem, quam no-

89) Nach Justinians Aeußerung in der so eben (Note 88) angeführten Stelle war dies allgemein angenommen: „inutilis erat stipulatio (heißt es hier), quia praepostere concepta est". S. indessen die folg. Note.

90) L. 64. D. *de Verb. obl.* — Freilich lautete in dem hier vorgetragenen Falle die Stipulation etwas anders: „si Titius consul factus fuerit, *tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes*"? was so verstanden werden kann: wenn die Bedingung eintritt, versprichst du mir, alsdann vom gegenwärtigen Tage an soviel zu geben? Indessen wurde doch die Geltung einer solchen Stipulation aus dem nämlichen Grunde bezweifelt, wie die der eigentlichen praepostera stipulatio, und auch auf eben die Weise für zuläßig erklärt, wie dies später Justinian bei allen Rechtsgeschäften annahm, es solle die Verabredung so ausgelegt werden: tunc, quum Titius consul factus fuerit, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur".

vella constitutio divi Leonis in dotalibus instrumentis sustulisse noscitur, in aliis quoque omnibus, tam contractibus, quam testamentis tollimus"[91]).

Daß übrigens unmögliche und diesen gleichstehende Bedingungen bei testamentarischen Verfügungen pro non scriptis zu halten seyen, ist nur als Regel anzunehmen. Es darf hierbei nämlich die Absicht des Testirers nicht außer Acht gelassen werden. Ist es klar, daß er eine Bedingung, deren Erfüllung unmöglich ist, oder doch von ihm dafür gehalten wurde, lediglich darum hinzufügte, weil er die Disposition überall nicht im Ernste beabsichtigte, so fällt diese selbst hinweg. Darum wird eine Freiheitsertheilung, welche so gestellt ist, daß sie erst beim Ableben des Sclaven wirksam seyn soll, — folglich auch diejenige, welche unter einer Bedingung angeordnet ist, deren Existentwerdung während der ganzen Lebenszeit des Honorirten ungewiß bleiben muß, für unwirksam aus dem Grunde erklärt: „quum testator impediendae magis, quam dandae libertatis gratià ita scripsisse intelligitur"[92]). Ein anderes Beispiel enthält folgende Stelle von Paulus[93]): „Non est statu liber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit; aut si tam difficilem, imo paene impossibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ei libertas ob-

91) L. 25. C. *de testam.* (VI, 23.) u. §. 14. J. *de inutil. stipul.* Schilling Lehrb. §. 81. Zusatz 4.

92) L. 61. pr. D. *de manumissis test.* (XL. 4.) — Uebrigens läßt sich diese Entscheidung auch aus dem Gesichtspunkte rechtfertigen, welcher für die an sich widersprechenden Bedingungen gilt.

93) L. 4. §. 1. D. *de statu liber.* (XL. 7.)

tingere non possit, veluti, *si heredi millies*[94]) *dedisset*, aut, quum moreretur, liberum esse jussisset; sic enim libertas inutiliter datur, — *quia nec animus dandae libertatis est*". — Hieraus läßt sich denn allerdings die Regel abstrahiren, daß auch bei letztwilligen Verfügungen eine unmögliche Bedingung Ungiltigkeit der ganzen Disposition bewirkt, wenn sich aus dem Inhalte derselben ergiebt, es könne dem Testirer damit kein Ernst gewesen seyn. Ueberhaupt würde an und für sich ein solcher Schluß schon gerechtfertigt erscheinen, so oft die Anordnung unter einer unmöglichen Bedingung erfolgt ist (wie dies ja auch von manchen röm. Juristen wirklich behauptet wurde, s. oben S. 79 fg.), wenigstens in dem Falle, wenn dem Testirer die Unmöglichkeit der Erfüllung bekannt war, was doch wohl meistens angenommen werden darf. Da indessen das Gegentheil deutlich anerkannt ist, so muß noch etwas Anderes hinzutreten, um den Mangel ernstlicher Willensmeinung des Testirers annehmen zu dürfen. Worin dies nun in den obigen Fällen bestehe, läßt sich auch unschwer erkennen. Hat der Testirer, geradezu oder implicite, ein Freiheitsvermächtniß so angeordnet, daß der Sclave die Freiheit erst erhalten soll, wenn er nicht mehr am Leben ist, so steht die Modalität mit der Verfügung selbst in directem Widerspruche, muß sie also nothwendigerweise vernichten. In dem zweiten Falle ist die Bedingung (si millies dederit u. s. w.) keine eigentlich unmögliche, und darum

94) Diese Lesart schließt sich nicht nur der Florentin. (miles) am nächsten an, sondern paßt auch zu dem Inhalte der Stelle am besten, da *mille*, wie Haloander u. A. haben, durchaus keine ungewöhnliche Summe war; s. Averan. interpr. I. 24. §. 13. Pothier innot. ad h. l. Nr. 2.

darf sie denn auch nicht unbeachtet bleiben; allein ein Testirer, welcher seinem Sclaven zur Bedingung macht, dem Erben die für ihn unerschwingliche Summe von hundert Millionen zu geben, giebt dadurch wohl deutlich zu erkennen, daß er nicht gesonnen sey, ihm eine Liberalität zu erweisen, und so sagt denn also der Jurist mit sehr gutem Grunde: **nec animus dandae libertatis est** [95]). Mit Unrecht aber würde man hieraus folgern, daß nicht auch ein Gleiches für absolut unmögliche Bedingungen gelte. Immer ist in jenen Entscheidungen die allgemein anwendbare, und auch sehr natürliche Rechtsregel enthalten: wenn der Disposition des Testirers eine ernstliche Absicht gar nicht zu Grunde lag, so kann sie auch überall keine Wirkung äußern. Und wer möchte wohl an der Ungiltigkeit der ganzen Verfügung zweifeln, wenn z. B. die unter einer absolut unmöglichen Bedingung (deren Unerfüllbarkeit auch dem Erblasser bekannt ist) angeordnete Disposition den Zusatz enthielte: „ich will aber, daß meine Verfügung nicht zu Recht bestehe, falls die Bedingung nicht in Erfüllung geht“? Denn hier ist es ganz klar, daß der Erblasser eine liberale Zuwendung im Ernste gar nicht beabsichtigte. Wo das aber auch nur zweifelhaft ist, da bleibt es bei der Regel, daß nämlich nur die Bedingung für nicht geschrieben gilt. Hieraus folgt denn, daß die eben dargestellte Beschränkung der Giltigkeit einer letztwilligen Disposition nur bei den natürlich unmöglichen Bedingungen Anwendung leidet. So respondirte Papinian: „Titiae, *si non nupserit*,

95) S. besond. *Jos.* Averanius interpr. jur. L. I. c. 24. §. 14. Lib. II. c. 24. §. 8 — 12. — Vgl. auch von Madai die statu liberi des R. R. (Halle 1834.) S. 144 — 149.

ducenta, si nupserit, *centum* legavit. Nupsit mulier. Ducenta, non etiam centum residua petat; ridiculum est enim, eundem et ut viduam, et ut nuptam admitti“ 96). Der Testirer hat hier seinen Willen sehr entschieden ausgesprochen, daß die Titia nur hundert haben solle, wenn sie sich verheirathe. Aber hätte er auch gesagt: ich erkläre, sie soll nichts haben, wenn sie die Bedingung nicht erfüllt, so würde man nicht, wie bei physisch unmöglicher Bedingung, schließen dürfen: also ist es ihm mit der ganzen Zuwendung kein Ernst gewesen. Folglich muß hier die Regel eintreten, die Disposition ist giltig, nur die (moralisch unmögliche) Bedingung *si non nupserit* ist es nicht. Daß die zweite Verfügung: si nupserit, centum, als gar nicht existirend betrachtet wird, erklärt sich von selbst aus der Unvereinbarkeit beider Dispositionen 97).

Wie nun aber, wenn der Erblasser die Erfüllung einer unmöglichen Bedingung für möglich hielte? Viele Juristen sind der Meinung, daß in dem Falle die Bedingung nicht pro non scripta zu halten sey, weil es feststehe, daß der Erblasser nur unter der Voraussetzung ihres Eintritts die Verfügung gelten lassen wolle 98).

96) L. 100. D. *de condit. et dem.*

97) Vergl. Brunnquell Diss. cit. (de condit. si non nupserit etc.) §. 14. 15., welcher übrigens mit Haloander lesen will: Titiae si *nupserit* ducenta, si *non nupserit* centum legavit, — wodurch allerdings ein noch besserer Sinn herauskommt.

98) Stryk cautel. testam. C. XVI. §. 33. vertheidigt dies Resultat wenigstens für den Fall, wenn der Testirer ausdrücklich erklärt, daß er die Bedingung für möglich halte. (Die von ihm angeführte Bedingung: „Mevius soll mein

Allein nicht nur ist die Anwendung dieses Satzes mit großen Schwierigkeiten verknüpft, sondern auch weder mit dem allgemein ausgesprochenen Rechtssatz: pro non scripta esse habendam impossibilem conditionem, noch mit der Anwendung derselben auf die nur nach Rechts- und Anstands-Gesetzen unmöglichen Bedingungen zu vereinigen. Wie viele muß es nicht unter diesen geben, welche ein Erblasser nach dem Grade seiner Kenntnisse und seiner Bildung für möglich hält; wie nahe lag es also, eine so wichtige Einschränkung hervorzuheben, was aber nirgends geschehen ist. So beruht mithin die entgegenstehende Ansicht, welche auch als die gemeine zu betrachten ist, auf sehr gutem Grunde[99]). Nur auf die Frage kann die Bekanntschaft oder Unbekanntschaft mit

Erbe seyn, wenn er ein Schiff machen und damit nach Hamburg segeln wird, welches ich weiß, oder dafür halte, daß es durch angewandten Fleiß und Kunst endlich wohl geschehen könne" — wird man freilich jetzt nicht mehr als absolut unmögliche ansehen dürfen. — In einer eignen Dissertation ist diese Meinung vertheidigt von *H.* Becker: conditio impossibilis, non indistincte pro non scripta habenda, Rost. 1754, nur mit der Modification, daß dem Honorirten der Beweis des Gegentheils nachzulassen sey; §. 10. u. §. 19. sqq. Auch noch Höpfner ist dieser Ansicht beigetreten, im Instit. Commentar §. 401. Not. 3.

99) S. besonders *J. T.* Richter de conditione impossibili ultimae voluntati adjecta indistincte pro non scripta habenda. Lips. 1756. — In den neueren Lehrbüchern wird die Distinction, ob der Testirer die Erfüllung für möglich gehalten habe, oder nicht, — entweder ganz übergangen, oder doch nur in Beziehung auf relativ unmögliche Bedingungen vorgetragen. S. unten die Note 6. S. 141.

der Unmöglichkeit von Einfluß seyn: ob es dem Testirer mit seiner Disposition überall ein Ernst gewesen ist? und auch dies nur in geringem Grade, wie sich aus der obigen Ausführung ergiebt.

Indessen wird hier von Manchen noch unterschieden zwischen den schlechthin unmöglichen und den nur relativ oder zufällig unmöglichen Bedingungen, und in Ansehung der letzteren angenommen, daß diese im Falle der Kenntniß des Testirers von der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung als nicht geschrieben zu betrachten seyen, wogegen, wenn der Testirer ihre Erfüllung für möglich halte, die Verfügung selbst erfolglos sey[100]). Welche Bedingungen sind aber relativ unmögliche? Im Allgemeinen kann man darunter diejenigen verstehen, deren Erfüllung an sich möglich ist, allein in einem concreten Falle nicht erfolgen kann, weil es an den dazu erforderlichen besonderen Voraussetzungen fehlt[1]). Es gehören dahin a) die s. g. **falsae conditiones** (s. oben S. 92). In Beziehung auf diese aber ist es anerkannt, daß sie **pro non scriptis** zu achten seyen, — sie sind den physisch unmöglichen vollkommen gleichgestellt[2]), mithin auch kein Grund vorhanden, hier eine Distinction anzunehmen, welche für jene nicht gilt[3]). —

100) Thibaut Pand. §. 954. Nr. III. und Seuffert Lehrb. §. 536. Nr. 2.

1) Sell a. a. O. §. 11. zu Anfang. S. 75. u. das. Note 1.

2) S. die oben S. 92. Note 87. und 88. angef. Stellen. — Averanius interpr. jur. L. II. c. 24. §. 14 sqq.

3) Ja, es ist zum Ueberfluß ausdrücklich anerkannt, daß die Wirkung stets die nämliche sey, auch wenn dem Urheber des Geschäfts das Nichtvorhandenseyn des Umstandes, von dem die Erfüllung der Bedingung abhängt, unbekannt ge-

b) Die nur subjectiv unmöglichen, d. h. diejenigen, deren Erfüllung für den bedingt Berechtigten unmöglich ist, nicht aber für Andere. Hierauf bezieht man vorzugsweise den Begriff der relativ unmöglichen Bedingungen, und weil man dabei hauptsächlich die Fälle vor Augen hatte, wo die Erfüllung durch den Mangel der zur Ausführung erforderlichen Mittel und Fähigkeiten gehindert wird (wie z. B., wenn Jemandem, der von der Baukunst nichts versteht, die Ausführung eines Gebäudes zur Bedingung gemacht wird), so kam man zu einer eben so seltsamen als begriffsverwirrenden Terminologie [4]). Man nannte nämlich die relativ unmöglichen Bedingungen difficiles sensu juridico, und unterschied von diesen die difficiles sensu grammatico, d. h. die auch für den bedingt Berechtigten möglichen, aber schwer zu erfüllenden. Die davon gemachten Anwendungen lassen sich auf ein dreifaches Resultat zurückführen [5]): Erstlich, die difficiles sensu juridico sind den schlechthin unmöglichen Bedin-

blieben seyn sollte; L. 1. §. 9. D. *de Obl. et Act.* (XLIV. 1.) Ferner, daß in dieser Hinsicht kein Unterschied zwischen den absolut unmöglichen und der falsae conditiones existire, darüber s. die in §. 1. u. 2. J. *de inutilib. stipul.* angef. Beispiele, u. vrgl. Sell a. a. O. S. 28 fg.

4) S. hierüber *J. G.* Brückmann D. de impossibili canonico-juridico, sive de eo, quod circa conditiones impossibiles actibus humanis appositas justum est. Erf. 1751. — *C. G.* Hübner de conditione difficili ultimis voluntatib. adscripta. Lips. 1798. Thibaut Pand. §. 954.

5) Vergl. mit dem Folgenden die in der vorigen Note angef. Schriften, ferner: Höpfner a. a. O. (§. 401. Note 3.) u. Sell a. a. O. §. 11. u. 59.

gungen gleich, die difficiles s. grammatico dagegen werden wirksam hinzugefügt, d. h. das davon abhängig gemachte Recht wird ohne den Eintritt der Bedingung nicht wirklich. Zweitens, die difficiles. s. jurid. sind wirksam, wenn der Testirer ihre Erfüllung für möglich gehalten hat, sonst sind sie es nicht[6]). Drittens, nicht nur diese stehen den unmöglichen Bedingungen gleich, sondern auch die difficiles s. grammatico, wenigstens alsdann, wenn sie sehr schwer zu erfüllen sind, so daß die Schwierigkeit an physische Unmöglichkeit gränzt[7]). — Von diesen drei Ansichten hat die erste am meisten für sich. Denn einmal ist der Grundsatz ganz allgemein anerkannt, daß eine Bedingung, deren Erfüllung nicht möglich ist, bei letztwilligen Dispositionen pro non scripta gilt, ohne daß dabei der Grund der Unmöglichkeit irgendwie berücksichtigt wird; die Modificationen dieses Satzes aber beziehen sich nur auf den Mangel einer ernstlich gemeinten Disposition. Sodann stehen alle nur in concreto nicht ausführbaren Bedingungen einander wesentlich gleich; was daher von den falsae conditiones gilt, muß auch von denen gelten, deren Erfüllung aus subjectiven Gründen nicht möglich ist. Es kommt aber drittens noch hinzu, daß eine feste Gränzlinie zwischen manchen schlechthin, und nur subjectiv unmöglichen Bedingungen überall nicht zu bestimmen ist. Z. B. die Bedingung, daß ein Castrat heirathe und Kinder erzeuge, — daß ein Unmündiger als

6) Seuffert Lehrb. des pract. Pand.R. III. §. 536. Nr. 3. Thibaut läßt auch alsdann schon die Bedingung nicht gelten, wenn der Erblasser die Unmöglichkeit auch nur kennen konnte; a. a. O. Nr. III.

7) Sell a. a. O. §. 59. S. 263 fg. Not. 2.

solcher heirathe, — ist sie absolut oder nur subjectiv unmöglich? Man wird sagen: es widerspricht allgemeinen Rechtssätzen, daß Castraten und Unmündige heirathen, folglich sind jene Bedingungen schlechthin unmöglich. Allein auf diese Weise können wir jede subjectiv, oder relativ unmögliche Bedingung auf die Norm des absolut Unmöglichen zurückführen, indem wir sagen: unmöglich ist, was nicht ausgeführt werden kann oder darf; was auch nur subjectiv unmöglich ist, ist dies für alle und jede Menschen, die sich in gleicher Lage mit dem bedingt Berechtigten befinden. Fehlt es nun überhaupt an einem inneren Grunde, um zwischen schlechthin und nur relativ unmöglichen Bedingungen zu unterscheiden, so darf man auch bei den letzteren eben so wenig wie bei den ersteren davon etwas abhängig machen, ob der Testirer die Unmöglichkeit kannte oder nicht[8]). Wenn die Bedingung gestellt ist, daß ein Unmündiger sich verheirathe, so wird gewiß ein Jeder es für gleichgiltig halten, ob der Testirer es wußte, daß dies nicht angehe, oder ob ihm die Unausführbarkeit der Bedingung bekannt war; warum denn nicht auch, wenn die Bedingung, ein schönes Gemälde anzufertigen, dem auferlegt wird, welcher von der Kunst gar nichts versteht? — Indessen ist eben so wenig ein Grund vorhanden, die s. g. **difficiles conditiones s. grammatico** den unmöglichen gleichzustellen. Das blos Schwierige, sey die Schwierigkeit auch noch so groß, ist sehr bestimmt von dem subjectiv Unmöglichen zu unterscheiden, selbst da noch, wo es an das Unmögliche gränzt, wie z. B. wenn Jemandem die Zahlung einer Summe auferlegt wird, welche seine Vermögenskräfte und die

8) S. Sell a. a. O. §. 11. S. 77 bis zu Ende des §.

Wahrscheinlichkeit seines künftigen Erwerbs übersteigt. Wir werden im gemeinen Leben dies für unmöglich erklären, wie ja auch Paulus einen solchen Fall als *paene impossibilem* bezeichnet [9]). Indessen liegt immer nur eine Unwahrscheinlichkeit vor, — das jetzt unmöglich Erscheinende kann durch tausend Zufälligkeiten, die Dazwischenkunft eines Dritten u. s. w. möglich werden, es ist, m. a. W., nur ein Hinderniß vorhanden, keine subjective Unmöglichkeit. Die Verschiedenheit zwischen einem bloßen Hindernisse und einer Unmöglichkeit läßt sich leicht veranschaulichen, wenn man sich den Fall einer Unmöglichkeit denkt, deren Grund aber einmal gehoben werden kann; z. B. Verlöbniß oder Heirath eines bereits verheiratheten Menschen. Wer auch keinen Thaler im Vermögen hat und nicht die geringste Hoffnung auf Vermögenserwerb, kann dennoch giltigerweise Schuldner einer Million werden, wogegen das Verlöbniß eines Verheiratheten ein in sich null und nichtiges Geschäft ist. Hiernach kann es auch nie gelingen, von gewissen Abstufungen des Schwierigen die Sache abhängig zu machen, z. B. das sehr Schwierige von dem, was es nur im gewöhnlichen Grade ist, zu unterscheiden, — was ohnehin sich auf feste und mit Sicherheit anwendbaren Begriffe nicht zurückführen läßt. Ueberhaupt aber muß es einem Erblasser gestattet seyn, den Ausgang seiner Verfügung von den schwierigsten Bedingungen abhängig zu machen, da er die bloßen Zufälligkeiten, deren Erfolg ganz und gar außer der Macht des Honorirten liegt, darüber entscheiden lassen darf. Allgemeine Grundsätze führen also zu einer solchen Beschränkung für den Erblasser gewiß nicht,

9) L. 4. §. 1. D. *de statu liber.*

indem ihm sonst auch die Hinzufügung casueller Bedingungen verboten seyn müßte; unser positives Recht aber beschränkt ihn nur insoferne, als die Auflage unmöglicher, unerlaubter und unanständiger Bedingungen wirkungslos seyn soll, und außerdem in Ansehung seines **suus heres**.

Betrachten wir nun die Stellen, auf welche hauptsächlich die entgegenstehenden Ansichten gestützt zu werden pflegen, so hat dafür, daß bei den **difficiles c. s. juridico** (oder überhaupt) die Bekanntschaft oder Unbekanntschaft des Testirers mit der Unmöglichkeit in Betracht komme, kein einziges Quellencitat angeführt werden könne, worauf sich dies Resultat auch nur mit einigem Schein gründen ließe[10]). Im Uebrigen beruft man sich besonders auf folgende Stellen. Zuerst auf die bereits mehrmals erwähnte **L. 4. §. 1. D.** *de statu lib.* Soll sich aus dieser Stelle irgend ein auf unseren Gegenstand anwendbaren allgemeinen Rechtssatz ergeben, so wäre dies zunächst der: daß schwierige Bedingungen, wenn auch die Erfüllung an die Unmöglichkeit gränzt, den eigentlich un-

10) Allerdings wird bisweilen des Wissens oder Nichtwissens gedacht, auch bei eigentlich bedingten Rechtsgeschäften; s. z. B. **L. 31. D.** *de Obl. et Act.* Allein nicht um davon besondere Wirkungen abhängig zu machen, sondern nur um anzudeuten, daß es einem Contrahenten kein Ernst gewesen sey. Die Wirkung der unmöglichen Bedingungen war ja ohnehin bei Verträgen immer die, daß das Geschäft selbst nicht galt. — Sell a. a. O. §. 11. S. 83—86. Thibaut a. a. O. Diese Stelle, von den Stellen, worauf Thibaut (a. a. O. Note u) seinen Satz stützt, enthält keine einzige, auch nur eine entfernte Andeutung jenes Unterschiedes, sondern in allen wird geradezu die Regel angewandt: unmögliche Bedingungen sind **pro non scriptis** zu halten.

möglichen Bedingungen nicht gleichstehen[11]); außerdem aber enthält sie eine Anwendung der ebenfalls allgemein gültigen Regel, daß eine Verfügung nur gilt, wenn ihr ein ernstlicher Wille des Disponenten zu Grunde liegt. Auf Erläuterung dieses Satzes ist das von Paulus angeführte Beispiel eigentlich nur gerichtet, und so gehört wohl diese Stelle ihrem unmittelbaren Inhalte nach gar nicht einmal hieher[12]). — Eine andere, gewöhnlich mit unserer jetzigen Frage in Verbindung gebrachte Stelle lautet so: „Si quis ita institutus sit: *si monumentum post mortem testatoris in triduo proximo mortis ejus fecerit*; cum monumentum triduo perfici non possit, dicendum erit, conditionem evanescere, *quasi impossibilem*[13])." Der letzte Ausdruck ist wohl die Veranlassung gewesen, in dieser Stelle etwas Anderes zu finden, als was der Jurist eigentlich sagen wollte: man führt sie entweder dafür an, daß relativ unmögliche Bedingungen den schlechthin unmöglichen gleich stehen, oder wohl gar dafür, daß dies auch in Beziehung der schwer zu erfüllenden der Fall sei[14]). In der That ist hier aber weder von dem Einen, noch von dem Anderen die Rede. Das Beispiel soll überhaupt nur zur Erläuterung des Satzes dienen: unmögliche Bedingungen sind wirkungslos. Dies wird auch geradezu durch

11) Cujacius obs. L. XXI. c. 39. Dafür wird auch von Thibaut a. a. O. not. p. die Stelle angeführt.

12) S. oben die Note 95 dieses §. und den dazu gehörigen Text; auch Hübner in dem angef. Programm p. 12 sqq.

13) L. 6. D. h. t.

14) Ersteres geschieht von Thibaut a. a. O., Letzteres von Sell §. 59. S. 264. not. 2.

die Worte ausgedrückt: *quum monumentum triduo perfici non possit*. Es ist hier natürlich nicht an ein kunstloses Zeichen der Erinnerung gedacht, zu dessen Errichtung oft drei Stunden genügen werden; sondern unter einem Monument versteht Ulpian hier offenbar ein Werk der Kunst, wie es bei den Alten zur Erhaltung des Andenkens vornehmer oder reicher Verstorbener so gewöhnlich war. Ein solches kann der Erfahrung zufolge binnen 3 Tagen nicht errichtet werden, mithin ist die Bedingung nicht etwa nur schwierig oder relativ unmöglich, sondern schlechthin unmöglich. Das *quum* steht hier in der bekannten Bedeutung von als; es drückt nicht blos eine Vergleichung aus, sondern dient zur Erklärung des Vorhergehenden [15]. — Gar wiederum nicht hieher gehörig ist folgende Aeusserung Ulpians: „Si sub conditione heres institutus sit, qui suspectam sibi hereditatem esse dicit, si *neque difficultatem*, neque turpitudinem ullam *habet conditio*, nec impendium (*vel* impedimentum) aliquod, jubendus est parere conditioni, et adire, et ita restituere; si vero turpis aut *difficilis sit conditio*, aperte iniquum est, cogi eum explere eam alterius gratia" [16]. — Diese Stelle drückt nichts Anderes aus, als — was auch sonst anerkannt ist [17]) —, daß der Fiduciar zwar zur Antretung und Restitution der Erbschaft gezwungen werden könne, die Erfüllung beschwerlicher oder lästiger Bedingungen ihm aber nicht angesonnen werden dürfe [18].

15) Vgl. Majansius diss. de condit. impossibili §. 10. 11. — Averanius interpr. jur. Lib. II. c. 42. §. 42.

16) L. 63. §. 7. D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI. 1.).

17) Vgl. L. 63. §. 9. 10. *eod.*

18) Dies wird auch von Sell (a. a. O. S. 264) anerkannt;

Noch sind hierbei zwei Fragen zu berühren: einmal, was ist Rechtens, wenn die zur Zeit der Testamentserrichtung mögliche Bedingung späterhin unmöglich wird? — Diese Frage greift wesentlich in die erst unten (§. 1462) näher zu erörternde Lehre von der Erfüllung einer Bedingung ein; es wird daher an dieser Stelle bei allgemeinen Andeutungen hierüber sein Bewenden haben dürfen. — Nehmen wir nun zuvörderst noch gar keine Rücksicht auf die Bestimmungen unserer Quellen, sondern nur auf das, worauf die consequente Anwendung allgemeiner Rechtsprinzipien führt, so ergiebt sich leicht das folgende Resultat: Ob eine Bedingung möglich (mithin für zulässig und beachtenswerth zu halten) sei, oder nicht? ist zunächst nach der Zeit der Testamentserrichtung zu bestimmen [10]). Wird sie in der Folge unmöglich, so kann sie natürlich nicht erfüllt werden. Allein deshalb ist sie nicht pro non scripta zu achten, sondern es stellt sich die Sache unter den Gesichtspunct einer gültig angeordneten, aber nicht in Erfüllung gegangenen Bedingung (conditio deficiens). Die regelmäßige Wirkung nun der deficirenden Bedingung ist: es tritt das Recht überall nicht ein, welches von der Bedingung abhängig gemacht wurde. Davon giebt es allerdings viele Ausnahmen (§. 1462), indessen auch in Beziehung auf diese darf man consequenterweise nicht sagen: die Bedingung ist für nicht hinzugefügt zu halten, sondern nur: sie gilt für erfüllt.

doch die Stelle, worauf derselbe sich für seine Meinung (s. Not. 7) beruft — die L. 55. D. *fam. erc.* (X. 2.) spricht überall nicht einmal von schwieriger Bedingung, sondern von schwieriger Theilung.

10) S. oben S. 115 — 120.

Hiernach kann es denn auch einen wesentlichen Unterschied nicht begründen, ob die Anfangs gültig hinzugefügte Bedingung später zwar unmöglich geworden ist, allein zu der Zeit, wo sie erfüllt werden mußte, wieder als eine mögliche erscheint, — oder ob der Stand der Sache sich überhaupt nie verändert hat; man kann im ersten Falle ebenso wenig sagen, die Bedingung sei weggefallen, als sie sei pro non scripta zu halten.

Mit diesem Resultat stimmen denn auch die Aeusserungen unserer Quellen überein. Zwar beziehen sich die Anwendungen nur auf die s. g. relativ unmöglichen Bedingungen; jedoch erklärt sich dies sehr leicht (da, ausser solchen Bedingungen, welche lediglich aus Gründen des positiven Rechts zu den unmöglichen gezählt werden, es wohl schwerlich vorkommen wird, daß das Anfangs absolut Mögliche späterhin unmöglich wird, u. a.), und kommt, bei wesentlicher Gleichheit der für beide Arten unmöglicher Bedingungen geltenden Rechtsprinzipien, ohnehin nicht in Betracht. — So ist namentlich anerkannt, daß, wenn der Tod die Erfüllung hindert (diese also aus physischen Gründen nicht erfolgen kann, oder unmöglich wird), die Bedingung weggefallen sei und darum auch das daran geknüpfte Recht nicht ausgeübt werden könne [20]). Ferner wird die Bedingung: *si quod Titio debeo, solverit,* also auch das davon abhängige Recht, für weggefallen erklärt, wenn der Testirer selbst die Zahlung leistete [21]).

20) L. 31. D. *de condit. et dem.* — — „morte — conditio defecisse intelligitur."

21) L. 72. §. 7. in f. L. 94. pr. D. *de cond. et dem.* (Ueber die mit der hier und Note 20. zu Grunde liegenden Regel nicht übereinstimmenden L. 8. §. 7. D. *h. t.* s. unten §. 1462).

Umgekehrt aber wird entschieden, daß das Wegfallen der Voraussetzungen, von denen die Möglichkeit der Erfüllung abhängt, das Recht nicht aufhebe, wenn noch ein Wiedereintreten derselben erwartet werden dürfe[22]). „Intercidit legatum (sagt Ulpian) si ea persona decesserit, cui legatum est sub conditione. Quid ergo, si non decesserit, sed in civitate esse desierit — puta alicui legatum, si Consul fuerit, et is in insulam deportatus est —, numquid non interim exstinquitur legatum, quia restitui in civitatem potest? (d. h. darf man nicht, wegen der Möglichkeit einer Restitution, annehmen, das Vermächtniß sei dadurch noch keineswegs für erloschen zu achten, oder die Sache bleibe einstweilen noch in suspenso? [23])): *quod probabilius esse arbitror*". Die aufgeworfene Frage wird also bejaht, falls nicht (wie in dem §. 2 der Stelle hinzugefügt wird) eine maxima capitis diminutio (servitus poenae) eintrete, indem dadurch die Persönlichkeit vollständig erlöscht, und auch die erfolgte Restitution das Verlorne nicht wieder giebt[24]). Man darf sich dagegen auch überall

22) L. 59. pr. et §. 1. D. *de cond. et dem.* (Ulp. ad Leg. Jul. et Pap.)

23) In der deutschen Uebersetzung des Corp. jur. ist die Frage so wieder gegeben: erlöscht das Vermächtniß hier nicht blos einstweilen —? Allerdings schließt sich diese Uebersetzung dem Buchstaben mehr an, wie die hier gegebene; indessen leidet es wohl keinen Zweifel, daß Ulpian sagen wollte: bleibt nicht die Sache nach wie vor in suspenso? S. auch Heineccius comment. ad L. Jul. et P. P. p. 309. in f. sq.

24) Auch von denen, welche nur mediam cap. diminutionem erlitten haben, heißt es: mortuorum loco habendos;

nicht auf die Stellen berufen, welche die Anwendung des Rechtssatzes enthalten: ein Anfangs gilltiges, aber durch später eintretende Unmöglichkeit der Ausführung ungiltig gewordenes Rechtsgeschäft bleibe ungiltig, wenn auch der Grund wieder wegfalle, der es vernichtet habe[25]); denn so lange der Eintritt einer Bedingung noch erwartet werden darf, kann man überhaupt nicht sagen, es sei das davon abhängige Recht vernichtet, sondern nur: es sei in suspenso, ob es eintreten werde, oder nicht[26]). Dadurch unterscheidet sich dies Resultat selbst von den Fällen, wo ein nach strengen Rechtsgrundsätzen vernichtetes Recht durch Restitution oder sonst ausserordentlicherweise wieder erneuert wird[27]); denn dort war noch gar nichts

s. z. B. L. 1. §. 8. D. *de B. P. c. t.* XXXVII, 4. Doch wurde dieß nicht mit strenger Consequenz durchgeführt, zumal dem ohnehin nicht begünstigten caducarischen Recht des Aerarium gegenüber. S. Cujacii obs. III. 10. *Guil.* Fornerius Selection. II. 20. (bei Otto T. II. p. 70). Wie durchaus streng und consequent man dagegen die Idee einer Vernichtung der Persönlichkeit durch maxima c. d. anwandte, ergiebt sich besonders daraus, daß in einem solchen Falle testamentarische Zuwendungen pro non scriptis galten, mithin aus diesem Grunde nicht an den Fiscus kamen. L. 3. §. 1. D. *de his, quae pro non scriptis hab.* XXXIV. 8. Vgl. Huschke in den Richterschen Jahrb. für d. R. W. Jahrg. 1838. Heft IV. p. 315.

25) L. 83. §. 5. D. *de V. O.* (XLV. 1). §. 2. in f. J. *de inutilib. stipul.*

26) Dies wird auch in der zuletzt angef. Institutionen-Stelle ausdrücklich hervorgehoben: „Nec in pendenti erit stipulatio ob id“ u. s. w.

27) Wie z. B. in den Fällen, wo ein durch cap. dim. zer-

verloren, auch nicht einmal interimistisch ein Recht zu Grunde gegangen, sondern es genügt, wenn zu der Zeit, wo die Bedingung noch erfüllt werden darf, die Erfüllung erfolgt. Es ist daher nicht nur unnöthig, sondern beruht auch auf einer unrichtigen Ansicht der hier einschlagenden Rechtsgrundsätze, wenn man die Sache aus der Verschiedenheit zwischen negotia inter vivos und mortis causa zu erklären sucht[28]. Eine Verschiedenheit dieser Art existirt überall nicht, da die Regel: quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur, ihre volle Geltung auch für letztwillige Verfügungen hat[29], also diese ebenfalls durch Eintritt eines solchen Umstandes vernichtet werden und es auch bleiben, falls nicht aus besonderen Gründen eine Wiederherstellung der ungiltig gewordenen Disposition erfolgt[30]. Vollends aber darf der Erklärungsgrund nicht für richtig gehalten werden: es sei bei Verträgen die Rücksicht auf den gegenwärtigen, bei letztwilligen Verfügungen die auf den Zeitpunct des Todes entscheidend[31]. Denn daß Testamente in der Regel nicht gelten können, wenn nicht die Voraussetzungen ihrer Gil-

störtes Testament nach wiederhergestellter persönlicher Fähigkeit durch sec. tab. B. P. aufrecht erhalten wird (§. 6. (5) J. *quib. mod. test. infirm.*), oder ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament, wenn der Postumus vor des Erblassers Tode wieder weggefallen ist; L. 12. pr. D. *de inj. test.* (XXVIII. 3).

28) So Sell a. a. O. §. 9. S. 55—60.

29) L. 3. in f. D. *de his, quae pro non script. deb.*

30) S. die Note 27.

31) Wie dies ebenfalls von Sell a. a. O. behauptet wird.

tigkeit schon bei Errichtung derselben vorhanden sind, ist bekannt[32]), und auch der bekannte Satz: ad conditionalia Catonis regula non pertinet[33]) läßt sich hier nicht anwenden, indem sonst ja auch die Frage: ob überhaupt eine Bedingung möglich und zulässig sei? nicht nach dem Zeitpunct der Anordnung bestimmt werden könnte, wovon aber das Gegentheil gewiß ist (s. oben S. 115—120). Indessen dürfen wir dies Alles gerne auf sich beruhen lassen, da der Schriftsteller, gegen den die vorstehenden Bemerkungen gerichtet sind, in der Hauptsache mit der hier dargestellten Theorie übereinstimmt, nämlich daß die Sache lediglich aus dem Gesichtspunct einer defizirenden Bedingung zu bestimmen sei. Dies vorausgesetzt, kann es denn auch für die hier aufgeworfene Frage von keinem Interesse seyn, zu erörtern: welcher Zeitpunct für eine vorübergehende Unmöglichkeit entscheidend sei, wenn die Anfangs mögliche Bedingung in der Folge unmöglich geworden ist. Es gehört dies lediglich der Frage an, welche uns erst unten §. 1463. beschäftigen wird: welcher Zeitpunct für die Erfüllung einer Bedingung entscheidend sei?

Es fragt sich zweitens: wie es hier zu halten sei, wenn die Erfüllung der Bedingung nur zum Theil möglich ist? — Die natürlichste Antwort hierauf ist gewiß die: wird eine durchaus unmögliche Bedingung bei letztwilligen Verfügungen als gar nicht vorhanden betrachtet, so muß auch ein Gleiches in Beziehung auf die theilweise unmögliche gelten, d. h. das Unmögliche gilt pro non

32) L. 201. D. *de reg. jur.*

33) L. 41. §. 2. D. *de leg.* I. — S. über die Bedeutung dieses Satzes Bd. 39. d. Comment. S. 140—144.

recipiri, der mögliche Theil dagegen muß erfüllt werden. Dies ist denn auch im Röm. Recht anerkannt; ist die Bedingung gestellt: wenn zwei namhaft gemachte Personen noch am Leben seyn werden, oder wenn der Honorirte gewisse Sclaven frei lassen werde, und es hatte eines der genannten Individuen nie gelebt, oder war schon zur Zeit des Testaments mit Tode abgegangen, so wird entschieden, die Disposition sei nichts destoweniger gültig, weil eine unmögliche Bedingung als gar nicht vorhanden anzusehen sei [34]). Daraus folgt denn auch von selbst, daß, im Fall getheilte Erfüllung nicht geschehen kann, die Bedingung als eine schlechthin unmögliche anzusehen ist, — gerade wie umgekehrt, bei vorhandener Möglichkeit, eine vollständige Erfüllung erfolgen muß [35]). Wendet man nun hierauf das Resultat der obigen Erörterung (über die Frage: was Rechtens sei, wenn die Unmöglichkeit später erst eintritt?) consequent an, so müßte bei theilweise eintretender Unmöglichkeit unterschieden werden: ob eine Theilung der Erfüllung und des Objects möglich sei, oder nicht. Im ersten Fall würde alsdenn die theilweise Erfüllung nur ein Recht auf einen Theil geben, im letzteren aber die Wirkung der conditio deficiens eintreten, also die ganze Verfügung wegfallen. Und auch hiermit stimmt das Röm. Recht überein, wenn man nämlich absieht von den Modificationen, die sich daraus ergeben, daß bisweilen eine Bedingung für erfüllt gehalten wird, wenn gleich die Nichterfüllung gewiß ist, oder doch

34) L. 45. D. *de hered. inst.* L. 6. §. 1. D. *de cond. et dem.*

35) L. 112. pr. D. *de cond. et dem.* — Sell a. a. D. §. 10. S. 62 fg.

ein Zweifel darüber vorhanden, ob sie erfüllt sei oder nicht. — Sell ist jedoch der Meinung, daß hierüber zwei verschiedene Ansichten unter den Römischen Juristen Statt gefunden hätten; nach der einen (der strengeren) sei die theilweise Unmöglichkeit der gänzlichen völlig gleich geachtet, nach der andern die theilweise Erfüllung für hinreichend geachtet, um das daran geknüpfte Recht in Anspruch zu nehmen, wenn nur demjenigen, welchem die Bedingung gesetzt worden, keine Verschuldung, namentlich keine mora, zur Last falle. Doch nimmt er selbst den Fall aus, wo mehreren Personen eine Bedingung gemeinschaftlich auferlegt sei; alsdann könne der, welcher seiner Seits erfülle, bei theilbaren Bedingungen nur auf seinen Antheil an dem Object Anspruch machen, bei untheilbaren dagegen trete die Wirkung der deficirenden Bedingung ein, ausser wenn die auferlegte Handlung von Einem ganz so vorgenommen werde, wie sie den Mehreren auferlegt sei[36]. — Die einzige Stelle indessen, welche mit einiger Wahrscheinlichkeit für den ersten Satz (die theilweise Erfüllung gilt der vollständigen gleich) angeführt werden kann, ist ein Responsum Scävola's[37], welches so lautet: „Qui dotem in pecunia numerata et aestimatis rebus acceperat; uxori ita legavit: *Sejae uxori meae, si omnes res, quae tabulis dotalibus continentur, heredi meo exhibuerit et tradiderit summam dotis, quam mihi pro ea pater ejus intulit, dari volo hoc amplius denarios decem.* Quaesitum est: quum res in dotem datae plures ipso vivo finitae essent, nec mo-

36) Sell a. a. O. S. 64—72.

37) L. 12. D. *de dote prael.* (XXXIII. 4.)

riente marito fuerant, *an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur?* Respondi: *videri conditioni paritum*, si, quod ex rebus in dotem datis supererat, in potestatem heredis pervenit." — Indessen dürfte gerade durch diese Stelle der wichtige Unterschied recht deutlich hervortreten zwischen solchen Fällen, wo eine Bedingung als unmögliche für gar nicht geschrieben zu achten ist, und denen, wo sie defizirt oder für erfüllt gehalten werden muß[38]). Der Jurist setzt nämlich Beides geradezu einander entgegen, indem er fragt: ob das Vermächtniß etwa aus dem Gesichtspuncte aufrecht erhalten werden könne, als wenn es unter einer unmöglichen Bedingung angeordnet worden sei? diese Frage aber stillschweigend verneint, indem er die Wirksamkeit des Vermächtnisses darauf stützt, daß man die Bedingung für erfüllt anzusehen habe, wenn die Vermächtnißnehmerin die von ihrem Eingebrachten noch übrigen Objecte dem Erben herausgebe; es wird nämlich (allerdings in Folge einer benigna interpretatio) angenommen, daß dies der Absicht des Testirers entspreche[39]). Dagegen wird entschieden: wenn ein Vermächtniß unter der Bedingung angeordnet sei, daß der Legatar zwei namhaft gemachten Personen eine Geldsumme auszahle, eine dieser Personen aber mit Tode abgehe, daß alsdann das Vermächtniß immer nur zur Hälfte bestehe, und selbst dies wird noch davon abhängig gemacht, daß der Legatar nicht zur Zeit des Todes jener Person in mora gewesen sei[40]). Diesem gemäß wird denn auch weiter entschieden,

38) S. die Ausführung zu Anfang der ersten Frage, u. vgl. Averanius interpr. jur. Lib. II. c. 24. nr. 25.

39) Averanius l. l. nr. 26.

40) L 112. §. 1. D. *de cond. et dem.*

daß, wenn Mehreren eine Sache legirt ist, unter der Bedingung eine gewisse Summe zu zahlen, der eine Vermächtnißnehmer aber stirbt, dem Anderen gegen Erlegung seines Theils die Hälfte des Legats gebühre [41]), und überhaupt in solchen Fällen theilweise Erfüllung (auch wenn der Andere nicht erfüllen will) dem Erfüllenden ein Recht auf den ihm gebührenden Theil gebe [42]). Aber alles dieses fanden freilich Streitigkeiten unter den Römischen Juristen Statt, indem gezweifelt werden konnte, ob nicht das ganze Recht davon abhänge, daß die Bedingung vollständig erfüllt werde. Die mildere Ansicht wird schon in Pandektenstellen als die in der Praxis anerkannte vorgetragen [43]) und dafür entscheidet sich denn auch Justinian in einer eignen Constitution [44]). Allein diese und ähnliche Zweifel und Entscheidungen [45]) haben nicht eigentlich die Frage zum Gegenstande: ob die theilweise unmöglich gewordene Bedingung pro non scripta zu achten sei, sondern: ob das Recht überhaupt noch bestehe, oder nicht? will man sie aber darauf beziehen, so ist das deutlich anerkannt, daß sie nicht pro non scripta gehalten werden dürfe, wohl aber, daß, soweit sie eintritt,

41) L. 112. §. 2. D. *de cond. et dem.*

42) L. 56. D. *de cond. et dem.* L. 112. §. 2. *eod.*

43) L. 112. §. 1. D. *de cond. et dem.* — „Sed *benigna interpretatione dicendum* — debere partem dimidiam." L. 112. §. 2. eod. — „Sed *haec humanius interpretari solemus*" u. s. w.

44) L. 6. C. *de conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis et libertatibus.* (VI. 46.)

45) z. B. L. 29. §. 4. D. *de leg.* III. L. 33. §. 4. D. *de cond. et dem.*

auch die davon abhängigen Rechte, in Wirksamkeit treten, — versteht sich, wenn eine theilbare Leistung möglich ist (s. Note 45). Hieraus folgt denn auch, daß, wenn die Bedingung selbst untheilbar ist (z. B. si insulam aedificaverint u. s. w.), sie auch vollständig erfüllt werden muß, wobei denn freilich nach der oben erwähnten benigna interpretatio es wieder für gleichgiltig zu halten ist, ob die Erfüllung von Mehreren erfolgt, denen gemeinschaftlich ein Vermächtniß hinterlassen ist, oder nur von dem, welcher allein erfüllen kann und will[46]). Auch muß nach den Grundsätzen des Anwachsungsrechts der Collegatare angenommen werden, daß selbst da, wo eine Theilung der Erfüllung und der Leistung möglich ist, wenn der Eine wegfällt, der Andere durch Erfüllung der ganzen Bedingung auch das Object vollständig erhalten könne[47]); ist zwar theilweise Erfüllung möglich, das Object aber untheilbar (z. B. bei Freiheitsertheilungen), da muß die Bedingung von Dem vollständig erfüllt werden, welcher auf das Recht Anspruch macht[48]).

§. 1461.

Wirkung der möglichen und an sich zulässigen Bedingung.

Die Wirkung einer Bedingung besteht im Allgemeinen darin, daß sie so, wie sie vom Testirer ausgespro-

46) L. 13. pr. D. *de manumiss. test.* (XL. 4).

47) L. 54. §. 1. D. *de cond. et dem.*

48) L. 4. §. 3. D. *de stat. lib.* (XL. 7). Es darf hier übrigens noch nicht von dem Falle die Rede seyn, wenn die vollständige Erfüllung dem bedingt Berechtigten nicht möglich ist. Vgl. unten §. 1462.

chen und gedacht ist, erfüllt werden muß, indem widrigenfalls das daran geknüpfte Recht wegfällt. Doch giebt es hier noch Beschränkungen in subjectiver Hinsicht, nämlich in Beziehung auf Notherben, deren Rechte in der Regel von Bedingungen nicht abhängig gemacht werden dürfen. Hiervon ist schon an mehreren Stellen dieses Commentars die Rede gewesen. Da indessen das darüber Gesagte zum Theil Widerspruch erfahren hat [49]), so wird eine kurze Zusammenstellung der Resultate, so wie eine Rechtfertigung derselben erforderlich. In der einen wie in der anderen Hinsicht wird sich indessen die folgende Darstellung auf die wesentlichen Puncte beschränken; was sich für andere hieraus von selbst ergiebt, darf hier übergangen werden.

1) Nach dem Pandektenrecht kann ein filius suus unter einer reinen Potestativbedingung eingesetzt werden, unter einer andern (casualis und mixta etc.) aber nur, wenn er unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt wird; allein auch alsdann kommt es noch darauf an, ob der Eingesetzte den Zeitpunct erlebt, wo das Eintreten oder Nichteintreten der Bedingung feststeht, oder nicht. Im letzteren Falle besteht weder die Einsetzung noch die Enterbung, folglich ist anzunehmen, es habe der suus die väterliche Verlassenschaft ab intestato erworben; nur im ersten Fall kann die Bedingung ihre Wirksamkeit äussern, d. h. tritt sie ein, so ist der Sohn Erbe aus dem Testamente, tritt sie nicht ein, so ist er enterbt. Eine

49) *D. A. A. de* Buchholz comm. de liberis sub conditione institutis aut exheredatis. Regiom 1838. 4. Ausführlicher in Dess. Abh. über bedingte Enterbung und Einsetzung der Kinder in d. Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. XIII. Abh. XIII.

schlechthin (d. h. ohne die auf den entgegengesetzten Fall ausgesprochenen Enterbung) der Einsetzung hinzugefügte casuelle oder vermischte Bedingung begründet nach Civilrecht Nullität des Testaments; doch bleibt es dem suus überlassen, eine secundum tabulas B. P. als demselben nachzusuchen, in welchem Falle, wenn die Bedingung eintritt, das Testament seinem ganzen Inhalte nach gültig bleibt; wenn sie nicht eintritt, die secundum tab. B. P. die Wirkung der contra tab. B. P. hat. Gleiche Wirkung hatte die Einsetzung des filius suus unter einer unmöglichen Bedingung [50]). Töchter und Enkel, auch wenn sie des Testirers Gewalt unterworfen sind, können unter jeglicher Bedingung eingesetzt werden, d. h. es besteht nach Civilrecht das Testament, wenn gleich die Bedingung eine zufällige oder vermischte ist. Doch können sie eine secundum tabulas B. P. erhalten, welche consequenterweise (d. h. nach den Principien des prätorischen Rechts) beim Wegfallen der condicio casualis oder mixta ebenfalls die Wirkung einer contra tab. B. P. haben muß [51]).

50) D. h. nach Civilrecht war eine solche Einsetzung *nullius momenti* (oder: die Bedingung wurde nicht etwa nur pro non scripta gehalten), L. 15. D. *h. t.*, der Eingesetzte konnte aber eine sec. tab. B. P. zu der obigen Wirkung erhalten; wenigstens erfordert dieß die Consequenz. S. Fornerer de Bon. poss. liberor. praeter. p. 283 sq. §. 62. in f.

51) Eine andere Frage aber ist, ob nicht, seitdem der K. Antonin bestimmte: ein besseres Recht könnten Töchter und Enkel durch die B. P. nicht erhalten, als das jus accrescendi in partem (darüber: Gaji inst. II. §. 124. Ulpiani Fragm. XXII. §. 17. Bd. 36. d. Comment. S. 338—343) ihnen gewährte (Gaji inst. II. §. 126),

Sind sie unter einer unmöglichen Bedingung eingesetzt, so tritt hier das gemeine Recht ein, d. h. die Bedingung gilt als nicht geschrieben und die Einsetzung besteht als pura institutio. — Postumi sui haben das Recht der filii sui, ohne daß hierbei auf einen Unterschied des Geschlechts oder Grades etwas ankommt; da indessen ein Testament wegen Präterition eines Postumus nicht gleich Anfangs ungültig ist, so bewirkt auch die Einsetzung des Postumus unter einer unzulässigen Bedingung an und für sich noch keine Nichtigkeit des Testaments, sondern es kommt Alles darauf an, in welcher Lage sich die Sache zu der Zeit befindet, wo der Postumus erscheint; ist alsdann die Bedingung eingetreten, so erbt er aus dem Testamente, im entgegengesetzten Falle ist das Testament nach Civilrecht null und nichtig[52]). — Ist endlich ein

die oben erwähnte Wirkung indirect aufgehoben sei? Dafür läßt sich anführen, daß dies Accrescenzrecht durch Präterition bedingt war, wer aber nach Civilrecht gültig eingesetzt ist, für präterirt nicht gehalten werden kann. Dies nimmt auch an Foerster l. l. p. 290. §. 67, dem ich hierin (gegen Francke Notherbenrecht p. 47. 48) früher gefolgt bin, Bd. 36. d. Comment. S. 387. Da indessen Antonin's Bestimmung den Worten nach nur auf das Quantum geht, so möchte es doch angemessener seyn, wenn man sagt: die sec. tab. B. P. war immer cum re, d. h. wirksam, auch wenn die Bedingung wegfiel, nur konnten die Erben nie mehr dadurch erhalten, als das jus accrescendi in partem ihnen gewährte. Da dies aber voraussetzt, daß Andere neben ihnen eingesetzt waren, so versteht sich von selbst, daß, wenn nur Töchter und Enkel concurrirten, und sie sämmtlich auf diese Weise eingesetzt waren, die sec. tab. B. P. vollständige Wirkung hatte.

52) Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 387 — 390. S. 422 fg.

blos prätorischer Notherbe (ein Emanzipirter) bedingt eingesetzt, so tritt wieder dasselbe Recht ein, wie für Töchter und Enkel in der Gewalt: die Potestativbedingung muß natürlich erfüllt werden, ist sie eine casuelle oder vermischte, so erhält der Eingesetzte eine **sec. tab. B. P.**, welche jedenfalls wirksam für ihn ist, auch wenn die Bedingung defiziren sollte; die unmögliche Bedingung ist als gar nicht vorhanden zu betrachten. Zur formellen Giltigkeit des Testaments nun ist es nicht erforderlich, daß der prätorische Notherbe, welcher unter einer casuellen oder vermischten Bedingung eingesetzt ist, auf den entgegengesetzten Fall enterbt werde. Es kann aber ein solcher Notherbe nicht besser daran seyn, wie der **filius suus**, der doch auf jene Art enterbt werden darf; die Zulässigkeit einer solchen eventuellen Enterbung ist auch in einer Stelle, welche von dem Emanzipirten handelt, anerkannt[53]), und die Consequenz erfordert es, dies in allen oben erwähnten Fällen anzunehmen, wo die Einsetzung des Notherben unter einer nicht potestativen Bedingung die civilrechtliche Giltigkeit des Testaments nicht hindert, aber ein Recht auf eine in jedem Falle (also auch, wenn die Bedingung wegfällt) wirksame **Bonorum possessio secundum tabulas** verleiht[54]). Dagegen eine bedingte Enterbung ist auch selbst alsdann nicht giltig,

S. 439—454. v. Buchholtz in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Proz. a. a. O. S. 353—356.

53) **L. 20. §. 4. D.** *de bon. libert.* **(XXXVIII. 2.)**

54) Diese, mehr oder weniger ausgeführten, Sätze finden sich besonders: Bd. 36. d. Comment. S. 354 — 387. (vgl auch die in der Note 52. enthaltene Verweisung); Bd. 37 S. 76 — 82.

wenn ihr eine Einsetzung auf den entgegengesetzten Fall angehängt ist, d. h. sie hat selbst für den Fall keine Wirkung, wenn der bedingt Enterbte den Eintritt oder Ausfall der Bedingung erlebt. Auch dies ist bereits gegen die gemeine Meinung in diesem Commentar ausgeführt[55]), neuerdings aber die gemeine Meinung besonders aus folgenden Gründen vertheidigt[56]): es werde die Giltigkeit der Einsetzung der Notherben unter einer nicht potestativen Bedingung von der hinzugefügten bedingten Enterbung abhängig gemacht, dadurch aber der Rechtsbestand einer solchen Enterbung deutlich anerkannt. Ausserdem beruhe es auf logischer Nothwendigkeit, daß, wenn von einem Falle, wo der Vater den Sohn unter einer nicht potestativen Bedingung einsetzte und unter der entgegengesetzten enterbte, gesagt werde: **jure testatus videtur**, dasselbe auch von dem umgekehrten Falle gelten müsse. Auch wird noch das Argument in Bezug genommen, daß es für gleichgiltig erklärt ist, ob in einem Testamente die Enterbung oder die Einsetzung voran stehe[57]), und mit Hilfe dieser Gründe glaubt der neueste Vertheidiger dieser Ansicht aus den Stellen, in welchen von der Zulässigkeit einer bedingten Einsetzung unter hinzugefügter eventueller Enterbung die Rede ist, geradeswegs den Satz ableiten zu dürfen: von der Regel, Enterbungen seien nicht bedingt auszusprechen, habe es eine Ausnahme gegeben, nach welcher die Enterbung eines Sohnes gelten könne, wenn der unter einer **casualis** oder **mixta**

55) Bd. 36. d. Comment. S. 413 fgg. (Nr. 2.).

56) v. Buchholtz in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß a. a. O. S. 326—331.

57) **L. 1. pr. D.** ***de hered. inst.***

conditio geschehenen Enterbung eine Einsetzung unter entgegengesetzter Bedingung beigefügt war. — Auf die in diesem Commentar gegen diese Meinung vorgetragenen hauptsächlichen Gründe ist dabei keine Rücksicht genommen und da dieselben, nach meiner Ueberzeugung durch die neue Vertheidigung keineswegs für widerlegt zu halten sind, so würde eine Verweisung darauf genügen können. Indessen schon wegen der Bedeutenheit des Gegners darf es dabei nicht bewenden.

Daß weder filii sui noch prätorische Notherben bedingt enterbt werden dürfen, ist ohne alle Modification ausgesprochen[58]), wogegen, wenn der Satz erwähnt wird, daß die Erbeinsetzung des filius suus unter einer nicht potestativen Bedingung unstatthaft sei, gewöhnlich die Modification hinzugefügt wird: es wäre denn eine Enterbung unter entgegengesetzter Bedingung erfolgt[59]). Zwar hat es seine Richtigkeit erstlich, daß nicht nur die der Einsetzung unter einer casuellen oder vermischten Bedingung angehängte Enterbung für rechtsbeständig erklärt wird, sondern von dieser eventuellen Enterbung auch der Rechtsbestand jener Einsetzung abhängt. Allein die bedingte Enterbung ist eben hier nur ein Theil der bedingten Einsetzung; um diese möglich zu machen, ist jene gestattet, es folgt also hieraus keineswegs, daß dieselbe als ein selbständiger Willensact für sich bestehen könne. Es muß zweitens zugegeben werden, daß an sich und nach rein logischen Regeln betrachtet, es keinen Unterschied

58) L. 3. §. 1. D. *de liber. et post.* (XXVIII. 2.) L. 18. pr. D. *de Bon. poss. contra tab.* (XXXVII. 4).

59) L. 86. pr. D. *de her. inst.* L. 20. §. 4. D. *de bon. libert.* L. 4. C. *de instit. et subst.* (VI. 25).

macht, ob die Enterbung unter einer Bedingung ausgesprochen wird und auf den entgegengesetzten Fall die Einsetzung erfolgt, oder ob es sich umgekehrt verhält. Indessen kann dies auf die Anwendung einer das Enterbungsrecht betreffenden Regel keinen Einfluß haben. Wollten wir hierbei blos fragen: wie nach natürlichen Voraussetzungen eine testamentarische Verfügung zu verstehen und anzuwenden sei? so müßten auch die Regeln: **exheredatio fieri non debet post mortem exheredati, post aditam hereditatem, fieri debet ab omni hereditate**[60]) und ähnliche nie gegolten haben; denn was sich ein Testirer bei Verfügungen, welche mit diesen Regeln nicht übereinstimmen, gedacht habe, ist eben so wenig, wie die Ausführbarkeit derselben, selbst nach juristischen Grundsätzen, zu bezweifeln. Bekanntlich giebt es Geschäfte, welche den Ausdruck einer Bedingung nicht leiden, wenn gleich **implicite** oder indirect ihr Ausgang an Bedingungen geknüpft seyn kann; (**expressa nocent, non expressa non nocent**). Auch Enterbungen gehören zu Geschäften dieser Art, wie dies auch ausdrücklich in unseren Quellen (unter Hinzufügung eines mit der gegenwärtig zu erörternden Frage freilich in keiner Verbindung stehenden) Beispiels anerkannt ist[61]). Was würde nun wohl aus der Regel: **expressa nocent** u. s. w. werden, wenn man sagen dürfte: das Eine sei doch im Grunde eben das, wie das Andere? Nun also: daß auf indirecte Art eine Enterbung bedingt erfolgen dürfe, ist allerdings anerkannt —, denn nur für eine solche kann

60) Bd. 36. d. Comment. S. 199 fg. S. 423 — 427. Nr. 3—5.

61) **L. 68. D.** *de hered. inst.* — Bd. 36. d. Comment. S. 418 — 420.

man diejenige gelten lassen, welche lediglich einen Theil der Erbeinsetzung bildet und lediglich dadurch, daß die Einsetzungsbedingung nicht eintritt, die Bedeutung einer Enterbung erhalten kann —; allein was hieraus für die Zulässigkeit einer directen Enterbung unter einer Bedingung folgen soll, wenn man nicht geradezu über rein positive Rechtsregeln sich hinwegsetzen zu dürfen glaubt? ist nicht abzusehen. Wenn hiernächst drittens geltend gemacht werden soll, daß es gleichgiltig sei, ob die Enterbung oder die Einsetzung zuerst ausgesprochen werde (s. Note 57), so ist dabei gewiß überall nicht an bedingte Enterbungen gedacht, und Niemand wird in Abrede stellen, daß neben jenem Satze ohne allen Widerspruch der bestehen kann: daß bedingte Enterbungen nur indirect und zwar nur in der obigen Form möglich seien. Hiernach wird man aber auch zugeben müssen, daß die Vorschrift über Gleichgiltigkeit bei der Anordnung der einzelnen im Testamente enthaltenen Sätze über ihren wahren Gegenstand und Inhalt hinaus erstreckt werde, wenn man sie zur Beschränkung von Regeln benutzt, welche nicht die Ordnung, sondern die Zulässigkeit von Enterbungen betreffen. — Es erklärt sich übrigens auch das Aufkommen dieser und ähnlicher beschränkenden Grundsätze hinreichend aus dem odium exheredationis [62]) und soweit die hieraus geflossenen Folgesätze in der Compilation anerkannt sind, müssen wir sie auch gelten lassen, mögen wir gleich den einen oder anderen derselben immerhin für übertriebene Subtilität zu erklären berechtigt seyn [63]).

62) Exheredationes non sunt adjuvandae; vgl. hiermit Bd. 36. d. Comment. S. 415—433.

63) Ueber eine, wenn gleich nicht eben bedeutende Modification

2) Zum Theil sehr streitig ist es, welchen Einfluß einzelne das Notherbenrecht betreffende Constitutionen Justinians auf das bisher dargestellte Recht bedingter Einsetzungen oder Enterbungen von Notherben gehabt haben. Am wenigsten Zweifel kann hier die L. 4. C. *de liber. praet.* (VI. 28) aus dem J. 531 erregen, deren wesentlicher Inhalt darin besteht, daß Töchter in der Gewalt und agnatische Enkel, eben so wie Postumi (sui) aller Art gleich den filii sui namentlich zu enterben seien, eine Präterition derselben also nicht mehr ein jus accrescendi in partem zur Folge habe, sondern dieselbe Wirkung erzeuge, wie ehemals die Präterition eines filius suus [64]), daher denn auch eine exheredatio inter caeteros nicht mehr giltig sei, selbst wenn damit die Zuwendung eines Vermächtnisses verbunden werde [65]). Von

des Grundsatzes: exheredatio pure fieri debet für Postumen, s. Bd. 36. d. Comment. S. 422 fg.

64) S. Bd. 36. d. Comment. S. 92—103.

65) S. Bd. 37. d. Comment. S. 110. 111. — Die daselbst gegebene Interpretation: die Enterbung inter caeteros soll auch für Töchter nicht gelten, selbst alsdann nicht, wenn sie *cum adjectione legati* geschieht, erklärt v. Buchholz (in der Zeitschrift für Civilr. u. Prozeß a. a. O. S. 344 fg. Note 3) für ein von mir eingeschaltetes Emblem. Indessen sollte ja nur der Sinn von Justinians Aeusserung wieder gegeben werden, und dieser ist offenbar kein anderer, als der von mir angenommene. Für postumae suae war die exher. inter caeteros nur giltig, wenn sie cum adjectione legati erfolgte; der Kaiser nun bestimmt: auch dadurch soll die Enterbung inter caeteros keine Giltigkeit erhalten. Auch beruht es auf einem Irrthume, wenn Buchholz annimmt, daß ich mit Francke einen Widerspruch Justinians behaupte. Daß

bedingter Einsetzung und Enterbung ist in dem Gesetze keine Rede, daher muß in dieser Hinsicht das frühere Recht nach wie vor gelten (wenn man nicht annehmen darf, es sei dies schon durch frühere Gesetze geändert, wovon nachher die Rede seyn wird). Die ganze Aenderung bezog sich mithin auf die Nothwendigkeit einer namentlichen Enterbung für alle und jede **sui heredes**. Eine bedingte Enterbung war auch nach dem Pandektenrecht für **sui heredes** ohne Unterschied nicht zulässig[66]), die Verschiedenheit betraf nur (abgesehen von der, eben durch die **L. 4. C. cit.** abgeschaffte Möglichkeit der Präterition) bedingte Erbeinsetzungen; die hieran geknüpften Verschiedenheiten bestehen also neben der **L. 4. C. cit.** ungeändert fort[67]). Wohl aber sind es andere Gesetze Justinians, welche für unsere obige Frage in Betracht kommen, nämlich a) die **L. 30. C.** *de inoff. test.* **(III. 28)**, vom J. 528. Hierin ist bestimmt, daß, wenn das Pflichttheilsrecht durch Zuwendung einer zu geringen Quantität an den Notherben geschmälert ist, nie mehr die **querela inofficiosi testamenti**, sondern nur eine Klage zur Ergänzung des Fehlenden Statt finden solle[68]). — Nur unter der Voraussetzung, daß Justinian angeordnet habe: wenn einem Pflichttheilsberechtigten etwas hinterlassen sei, könne er das Testament nie umstoßen, sondern habe nur

ich gerade diesen sehr bestimmt läugne, wird sich aus dem Folgenden ergeben.

66) Vgl. Bd. 36. d. Comment. S. 388 fg. u. S. 422.

67) Bd. 37. d. Comment. S. 241—217.

68) In welchen Fällen schon im früheren Recht an die Stelle der Querel ein Ergänzungsrecht trat? darüber s. Bd. 36. d. Comment. S. 3—14.

die Ergänzungsklage —, würde dies Gesetz auf das oben dargestellte Recht bedingter Einsetzungen und Enterbungen von Einfluß seyn. Jenes wird nun unter Anderen von Francke behauptet[69], welcher sich indessen dadurch genöthigt sieht, einen Widerspruch zwischen dieser Bestimmung und der am Schluß der **L. 4. C.** *de liber. praeter.* enthaltenen anzunehmen, wonach die **exheredatio inter ceteros**, auch wenn dem Enterbten ein Vermächtniß gegeben ist, das Testament ungiltig macht. Indessen hat der Kaiser in der **L. 4.** *cit.* lediglich das förmliche Notherbenrecht vor Augen, die **L. 30.** *cit.* dagegen bezieht sich zunächst auf das materielle, oder das Pflichttheilsrecht, welcher durch die **querela inofficiosi testamenti** geschützt war. Auch würde in der That darüber, daß die Ergänzungsklage mit dem förmellen Notherbenrecht in keiner Verbindung steht, nie ein Zweifel entstanden seyn, wenn nicht das Gesetz auch von anderen Rechtsmitteln gegen das Testament, ausser der **querela inoff. testamenti**, spräche, und überhaupt auch das förmliche Notherbenrecht berührte. Allein es geschieht dies auf eine Art, wodurch es eben recht klar wird, daß die Ergänzungsklage sich hierauf überall nicht beziehen soll. Es wird nämlich ausdrücklich gesagt, daß, wenn eigentliche Notherben präterirt, oder nicht auf gehörige Weise enterbt oder eingesetzt seien, das bisher gegoltene Recht unverändert eintrete[70], und hieraus ergiebt sich denn wohl zur Genüge, daß die im Eingange der Constitution

69) Notherbenr. §. 26. S. 343—349.

70) — — „tunc vetera jura locum habere sancimus, nullam ex praesente promulgatione novationem acceptura“ (§. 1).

sich findende Aeusserung: er wolle durch seine Verordnung die Veranlassung zu solchen Fällen: in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel *alio modo subvertendis* moveri solebat actio, nach Möglichkeit abschneiden, den Sinn nicht haben könne: die Ergänzungsklage solle auch an die Stelle der Rechtsmittel wegen verletzten förmlichen Notherbenrechts treten[71]). —

b) Eine andere, im folgenden Jahre (529) ergangene Constitution (die L. 32. C. *de inoff. test.*) kün=

71) S. Bd. 37. d. Comment. S. 103—118. S. 203—206.— Auf ähnliche Art (selbst in Beziehung auf die Worte: vel alio modo subvertendis, welche sehr füglich von der dem Patron seines Pflichttheilsrecht wegen zustehender Bonor. poss. contra tab. verstanden werden können, s. Bd. 37. d. C. S. 113 fg.) erklärt die Constitution: Fuhr in d. Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. VII. Abs. IX. u. früher schon in s. Rec. von Francke's Notherbenr., worauf auch im Commentar verwiesen ist. Vgl. auch v. Buchholtz in d. Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß. Bd. XIII. S. 341—345. Note 3., welcher im Ganzen ebenfalls übereinstimmt, und nur gegen Einzelnes Ausstellungen macht, so namentlich gegen die im Commentar gegebene Erklärung der Worte des §. 1. „vel alia eorum mentione facta nihil eis penitus reliquerint“ durch Erbesernennung ohne alle Vermögenszuwendung. Nothwendig ist die Beschränkung jener Worte auf eine inhaltsleere Erbeinsetzung freilich nicht, um die Constitution in dem obigen Sinne zu erklären; der dem Kaiser vorschwebende Gedanke war: wenn das förmliche Notherbenrecht verletzt, oder demselben zwar genügt, oder auch ein solches gar nicht vorhanden ist, allein dem Pflichttheilsberechtigten überall nichts zugewandt wurde, so bleibt es beim alten Recht, also es tritt (bei dem Vorhandenseyn der sonstigen Bedingungen) jedenfalls die Inoffiziositätsquerel zur vollen Wirkung ein.

digt sich selbst als einen Zusatz zu der L. 30. *cit.* an, und bestimmt hiernächst: „*si conditionibus quibusdam*, vel dilationibus, aut aliqua dispositione moram, vel modum, vel aliud gravamen introducente, *eorum jura*, *qui ad memoratam actionem* (de inofficioso testamento) *vocabantur*, *imminuta esse videantur*, *ipsa conditio*, vel dilatio, vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, *tollatur*, *et ita res procedat*, *quasi nihil eorum testamento additum esset.*" — Daß auch dies Gesetz nicht aus dem Gesichtspunct des förmlichen Notherbenrechts erklärt, vielmehr lediglich auf das Pflichttheilsrecht bezogen werde, erfordert nicht blos dessen Stellung in dem Titel *de inofficioso testamento*[72]), sondern auch die zweimal in demselben sich findende ausdrückliche Erklärung: es sei hier von einem testamentum inofficiosum die Rede. Auch noch nach dem Recht, wie es im Justinianischen Constitutionen-Codex enthalten ist, waren das förmliche und das materielle Notherben- (oder Pflichttheils-) Recht durchaus von einander geschieden. Gegen Einsetzungs- oder Enterbungs-Form mochte immerhin nicht das mindeste Bedenken, weder nach Civil- noch nach prätorischem Recht, obwalten; dennoch war eine Anfechtung des Testaments durch quer. inoff. test. möglich, wenn nämlich ein eigentliches (materielles) Unrecht gegen den Notherben vorlag, — derselbe z. B. ohne Grund ausgeschlossen, oder auf ein geringeres Quantum, als der Pflichttheil betrug, oder sonst irgendwie beschränkt war. Nach dem früheren Recht fand solcher Beschränkungen halber die Querel Statt; dies will Justinian

72) Vgl. Fuhr a. a. O. S. 297. §. 4.

verhüten und ordnet daher an: Einschränkungen und Beschwerden aller Art sollen pro non scriptis gehalten werden. Könnte man diese Vorschrift überhaupt auf das förmliche Notherbenrecht beziehen, so würde keine (der Einsetzung oder der Enterbung hinzugefügte) Bedingung Nichtigkeit der Verfügung selbst mehr zur Folge haben, dagegen aber auch eine Potestativbedingung der Einsetzung nicht wirksam hinzugefügt werden, und eben so wenig die Einsetzung unter einer nicht potestativen Bedingung mit hinzugefügter Enterbung auf den entgegengesetzten Fall erfolgen dürfen. Beschränken wir dagegen das Gesetz auf materielles Notherbenrecht, so muß auch hier die in der L. 30. §. 1. *eod.* enthaltene Derogatorclausel hinzugedacht werden, nämlich: „was in dem früheren Recht über Erfordernisse und Wirkung der Einsetzung wie der Enterbung von Notherben geordnet ist, bleibt neben diesem Gesetz bei Kraft und Wirkung[73]). Daß nun unser Gesetz in diesem Sinne zu verstehen sei, ergiebt sich nicht blos aus den dafür bereits angeführten allgemeinen Gründen, sondern erhält auch ausserdem eine Bestätigung durch folgende in einer späteren Constitution (vom Jahre 531) vorgetragene Anwendung: wenn dem Notherben die Erbschaft durch Fideicommiß zugewandt wird, so soll ihm die legitima sofort vollständig gewährt werden, das Uebrige, wenn die Zeit gekommen ist, wo nach dem Testament die Restitution erfolgen müßte[74]). Zwar ist hier von dem förmlichen Notherbenrechte überall nicht die Rede; allein wollte man darin ein Argument für die entgegengesetzte Meinung finden, so würde angenommen werden

73) S. Bd. 35. d. Comment. S. 330 — 333.

74) L. 36. §. 1. C. *de inoff. test.*

müssen; daß auch die Regel: **fideicommissis hereditas nec dari nec adimi potest**, nicht mehr gelte, — daß es einer Erbeinsetzung oder Enterbung des Notherben überhaupt nicht bedürfe, wenn man ihm nur durch Fideicommiß etwas zuwende. Wer dieß in der **L. 32. C. cit.** findet, der wird sich freilich auch auf die zuletzt angeführte Constitution für seine Meinung berufen können; wer jedoch der Meinung ist, daß (auch abgesehen von der Bestimmung der Nov. 115) jener Rechtssatz unverändert bestehe (und nur mit einem solchen Gegner werden wir es fortan zu thun haben), der hierin unsere Ansicht theilt), der wird zugeben müssen, daß die in der **L. 36. §. 1. C.** *cit.* enthaltene Bestimmung unter der Voraussetzung zu verstehen sei, die Verfügung enthalte keine Verletzung des förmlichen Notherbenrechts. Unter dieser Voraussetzung aber wird es durch die erwähnte Anwendung recht einleuchtend, daß Justinian bei seiner Verordnung: Bedingungen und Belästigungen des Pflichttheils sollten als nicht geschrieben betrachtet werden, eben nur auf das Pflichttheilsrecht sein Augenmerk gerichtet hatte; ist die Legitima durch das Testament, oder durch Anwendung der obigen gesetzlichen Rechtsmittel dem Notherben vollständig gesichert, so behält es im Uebrigen bei der Disposition sein Bewenden. Was über diesen Kreis des materiellen Notherbenrechts hinaus liegt, wird von Justinians Vorschrift durchaus nicht berührt. Nun setzt aber das Inoffiziositäts- oder Pflichttheilsrecht zweierlei voraus: erstlich, das Vorhandenseyn einer materiellen Rechtsverletzung. Daran fehlt es, wenn der Notherbe auf gehörige Art und aus gegründeten Ursachen von seinem Notherbenrecht ausgeschlossen, und eben so, wenn er auf gehörige Art (und zwar ohne Verkürzung seines

Pflichttheilsrechts) eingesetzt ist; als gehörige Einsetzung muß denn natürlich auch die unter einer Bedingung erfolgte betrachtet werden, sofern dabei nur die gesetzlichen Schranken beobachtet sind. Zweitens, daß es dem Notherben an einem sonstigen Mittel fehle, sein Recht gegen das Testament geltend zu machen[75]), — daß das Testament also keine Verletzung des förmlichen Notherbenrechts enthalte[76]). Findet sich daher eine derartige Verletzung, so kann von Justinians Bestimmungen über Ergänzungsrecht wie über Ungiltigkeit von Bedingungen und Beschwerden überall nicht die Rede seyn. — Auch v. Buchholtz theilt die Ansicht, daß Justinian in der L. 32. C. *cit.* nur das materielle Recht der Notherben, die Zuwendung des Pflichttheils in's Auge gefaßt habe, und folgert daraus mit Recht, daß die Constitution nicht zur Anwendung kommen könne, wenn ein *filius suus* unter einer unmöglichen Bedingung, oder unter einer nicht potestativen eingesetzt und im letzteren Fall nicht unter der entgegengesetzten Bedingung enterbt sei[77]). Im Uebrigen gründet er auf die Aeusserung Justinians: es sollten die Bedingungen u. s. w., wodurch das Recht der zur Querel berechtigte Personen vermindert erscheine, nicht beachtet werden, Folgerungen, welche, nach meiner Ueberzeugung, nur zum Theil für richtig gehalten werden dürfen. Vor Allem ist nicht ausser

75) §. 2. J. *de inoff. test.* L. 4. pr. C. *de liber. praeter.* — Vgl. N. A. Schneider die allgemeinen subsidiären Klagen des R. R. S. 441—452.

76) Ueber diese, so wesentliche Voraussetzung der Anwendbarkeit des Inoffiziositätsrechts s. auch Schneider a. a. O. S. 476—478.

77) in der angef. Abhandl. S. 332—335.

Acht zu lassen, daß jene Aeusserung doch immer mit der Einschränkung zu verstehen ist: so ferne durch die Bedingung das Pflichttheilsrecht des Notherben wirklich verletzt seyn würde, wenn man sie gelten lassen wollte. Zu anderen Beschränkungen führt die consequente Anwendung sonstiger juristischer Regeln, welche als noch geltend zu betrachten sind. — Wenn nun der eben gedachte Schriftsteller *a*) auch die Potestativbedingungen, sofern sie dem Pflichttheil hinzugefügt sind, für unzulässig hält [78]), so muß man sich damit allerdings einverstanden erklären; also man darf sagen: die Bedingung braucht nur erfüllt zu werden, insoweit sie das den Pflichttheilsbetrag überschreitende Quantum betrifft. Die Anwendung hiervon nun ergiebt sich ganz leicht für den Fall, wenn denn der Notherbe Miterben hat: wenn nämlich die Bedingung nicht in Erfüllung geht, so wird diesen der defizirende Theil, d. h. der den Pflichttheilsbetrag überschreitende Theil, jure accrescendi erworben, oder, falls dem Notherben ein Substitut gesetzt ist, diesem jure substitutionis [79]). Wie nun aber, wenn er zum alleinigen Erben eingesetzt ist? Betrachten wir diesen Fall zuvörderst noch unabhängig von der Bestimmung

78) Die Potestativbedingung: *si volet*, nimmt Buchholtz mit Recht aus (a. a. O. S. 336), weil dadurch dem Notherben, welcher ipso jure erwirbt, das jus abstinendi ausdrücklich gewährt wird, auch diese Bedingung (sich über den Erwerb zu erklären) in keiner Hinsicht als Belästigung des Erben anzusehen ist; dadurch aber erkennt er selbst an, daß Justinians Bestimmung durch Anwendung des Grundsatzes: lex specialis derogat generali eine Modification erleiden könne.

79) Arg. L. 4. pr. *de her. inst.*

der **L. 32. C.** *cit.*, und zwar blos mit Rücksicht auf den Nichteintritt der Bedingung (denn tritt sie ein, so verwandelt sich die bedingte Einsetzung in eine unbedingte). Hierbei finden wir in den Pandekten auf folgende Art unterschieden: **A)** die Bedingung fällt noch beim Leben des Notherben weg. Alsdann tritt Intestaterbfolge ein, und zwar natürlich für den Notherben selbst, als den zunächst Berechtigten, es wäre denn demselben ein Substitut gegeben, in welchem Fall die Erbschaft an diesen kommt. **B)** die Erfüllung der Bedingung wird erst durch den Tod des Erben unmöglich. Alsdenn treten die auf ihn folgenden Intestaterben, oder die etwanigen Substituten an seine Stelle[80]. — Welchen Einfluß hat nun aber hierauf Justinians Neuerung? Wir setzen also den Fall: ein Vater setzt seinen Sohn unter einer Potestativbedingung zum alleinigen Erben ein. Hier ist es unmöglich, die auf der Legitima ruhende Beschwerde, von der den sonstigen Erbtheil betreffenden zu trennen. Mithin muß entweder die Bedingung überhaupt **pro non scripta** gehalten werden, oder das Pandektenrecht ohne weitere Modification zur Anwendung kommen. Für Letzteres spricht nicht blos die Analogie der Rechtsvorschriften, daß bei einer Untheilbarkeit der Bedingung und des Gegenstandes entweder die Bedingung ganz erfüllt werden muß, oder für weggefallen zu halten ist[81], sondern es ergiebt sich dies Resultat auch aus folgenden Gründen: die **L. 32.**

80) Vgl. **L. 4. §. 2. L. 5. D.** *de hered. inst.* **L. 28. D.** *h. t.* Die genauere Begründung dieser Resultate findet sich Bd. 36. d. Comment. S. 368—377.

81) **Arg. §. 11. J.** *de hered. inst.* **L. 56. D.** *de cond. et dem.* **L. 45. D.** *de manumiss. test.* **(XL. 4)**. Vgl. oben S. 156. fg.

und die L. 36. §. 1. C. *de inoff. test.* enthalten die ausdrückliche Bestimmung, daß eine Belästigung nur, soweit sie sich auf den Pflichttheil bezieht, für nicht beigefügt anzusehen sei. Es ist also in dem von uns gesetzten Falle die Anwendung dieser Vorschriften unmöglich, und schon darum muß es bei den Bestimmungen des früheren Rechts bleiben. Dazu kommt aber noch, daß die L. 32. cit. im Jahr 529., mithin vor Abfassung der Pandekten, erlassen ist. Die vollständige Aufnahme der angeführten Grundsätze in die Pandekten bliebe daher ganz unerklärbar, wenn Justinian in der That beabsichtigt hätte, einer der alleinigen Erbeinsetzung des Notherben hinzugefügter Potestativbedingung alle Kraft und Wirkung zu nehmen; folglich muß man eine Vereinigung der Vorschriften des Pandektenrechts und des Codex versuchen, diese ist aber nur durch Anwendung der Regel: lex specialis derogat generaliori möglich, mithin dadurch, daß man annimmt: die L. 32. *cit.* könne nur zur Anwendung kommen, insoferne eine Trennung der sich auf den Pflichttheil und der auf den übrigen Nachlaß beziehenden Dispositionen geschehen kann[82]. — Es versteht sich übrigens, daß auch in dieser Hinsicht andere Notherben kein besseres Recht haben können, als der filius suus. — β) Auch die der Erbeinsetzung von Töchtern und Enkeln hinzugefügter nicht potestativen Bedingungen sollen auf den Grund der L. 32. *cit.* als nicht vorhanden angesehen werden[83]. Wir würden diese Ansicht unter den so eben entwickelten Modificationen gelten lassen, wenn nicht die Regel entgegenstände: „ita demum de inofficioso testamento agere

82) Vgl. Thibaut civilist. Abhandl. S. 82—86. u. S. 92 fgg.

83) v. Buchholtz a. a. O. S. 337.

possunt (nämlich die Notherben), *si nullo alio jure ad defuncti bona venire possunt*[84]). Nun aber können diese Notherben aus einem solchen Testament eine in jedem Fall wirksame bonorum possessio secundum tabulas erhalten; suchen sie diese nicht nach, so ist das ihr freier Wille, oder ihre Schuld, folglich können sie das Inoffiziositätsrecht nicht in Anspruch nehmen, und darum denn auch solche Rechtsmittel nicht, welche an die Stelle der Querel getreten sind. — Ferner soll γ) nach v. Buchholtz der Fall unter der Sanction der L. 32. begriffen seyn, wenn der unter einer nicht potestativen Bedingung eingesetzte Notherbe auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist, weil, wenn man diese Einsetzung gelten lassen wollte, eine bis an den Tod des Notherben möglicherweise dauernde mora oder dilatio eintreten würde, mithin gesagt werden dürfe, es liege hierin eine Verminderung des Pflichttheilsrechts[85]). Auch gegen diese Theorie könnten wir uns darauf berufen, daß die Giltigkeit einer solchen eventuellen Enterbung in den Pandekten vollständig anerkannt ist, mithin nicht angenommen werden darf, dies Recht habe durch eine vor Abfassung der Pandekten ergangene Constitution aufgehoben werden sollen. Indessen auch auf einem anderen Wege gelangt man zu dem entgegengesetzten Resultat. Das Pflichttheils- und überhaupt das Notherbenrecht kann durch rechtsgiltige Enterbung ausgeschlossen werden. Ist diese erfolgt, so können die rechtlichen Grundsätze,

84) §. 2. J. *de inoff. test.* Vgl. L. 4. pr. C. *de liber. praet.*

85) *in comm. cit.* p. 11 sq. Nr. C. u. in der angef. Zeitschr. S. 337. fg.

welche zu ihrer Anwendbarkeit eine Rechtsverletzung voraussetzen, natürlich nicht zur Anwendung kommen; denn eine Rechtsverletzung ist nicht vorhanden, wenn der Testirer von den ihm zu Gebote stehenden Mitteln, den Notherben auf wirksame Weise auszuschließen, Gebrauch macht. Als ein solches Mittel nun ist jene eventuelle Enterbung entschieden anerkannt, in der That entzieht man also dem Testirer, wenn man ihm den Gebrauch desselben abspricht, das Enterbungsrecht. Unläugbar hat daher die hier vertheidigte Meinung die streng juristische Consequenz für sich, nach der entgegenstehenden aber wird Justinians Gesetz auf eine Begriffssphäre bezogen, wofür es überall nicht gegeben ist. Es mag indessen auch noch bemerkt werden, daß dadurch dem Testirer nicht blos ein nach juristischen Regeln ihm zustehendes Mittel, sein Enterbungsrecht geltend zu machen, sondern auch zugleich ein höchst zweckmäßiges Mittel entzogen seyn würde. Oft genug mag ein Vater hinreichende Gründe haben, seine Kinder zu enterben; aber er sieht noch einen anderen Ausweg vor sich. Erlangung eines Amts z. B. verbürgt ihm den gebesserten Lebenswandel des Sohns. Diese macht er zur Bedingung, indem er zugleich für den Fall den Sohn enterbt, wenn er binnen einer bestimmten Zeit dazu nicht gelangen sollte. Wer nun diesen Fall unter die Sanction der L. 32. stellt, der verkennt nicht blos, daß ein giltigerweise ausgeschlossener Notherbe kein Pflichttheilsrecht mehr haben kann, sondern er setzt den Testirer in die Alternative, entweder eine directe Enterbung auszusprechen, oder sein Vermögen einem nichtswürdigen Subject, vielleicht zu dessen eignem Nachtheil zuzuwenden, wogegen die Bedingung ein wirksames Motiv zum Fleiß und sittlichen Wandel

für den Notherben werden kann. — Von selbst versteht sich übrigens, daß eine gegründete Enterbungsursache vorliegen und (nach der Nov. 115) auch angegeben seyn muß. — Sogar soll δ) die Vorschrift der L. 32. Cod. *cit.* auch alsdann zur Anwendung kommen, wenn die Bedingung von der Art ist, daß sie schon nach dem früheren Recht als nicht geschrieben anzusehen ist; so namentlich, wenn emanzipirte Kinder, oder Töchter und Enkel unter einer unmöglichen Bedingung eingesetzt sind; denn auch der Schein einer Beschränkung solle nach den Worten der Constitution: si conditionibus jura eorum — imminuta esse *videantur* berücksichtigt werden[86]. Was nun zuvörderst das angeführte Beispiel anbetrifft, so hat eine unmögliche Bedingung überhaupt nicht die Bedeutung einer wahren Bedingung, die daran geknüpften juristischen Folgen können also schon um deswillen nicht unter die Vorschrift unseres Gesetzes subsumirt werden. Demnächst ist hier in den Ausdruck: si — *videantur* ein Sinn gelegt, woran der Concipient der Verordnung gewiß nicht dachte; jener Ausdruck hat bei den lateinischen Schriftstellern ganz gewöhnlich die Bedeutung von: wenn sich zeigt, wenn sich ergiebt u. dgl. Besonders drängt sich hier das Bedenken auf: wozu soll hier die Verordnung Justinians dienen, da dasselbe schon durch das frühere Recht erreicht wird, ja mehr als jenes, indem nach der L. 32. doch immer nur die Bedingung, soweit sie den Pflichttheil belastet, vernichtet wird? v. Buchholtz wirft selbst diesen Zweifel auf, glaubt ihn aber dadurch entfernen zu können, daß sonst ein Resultat eintreten würde, welches offenbar mit

86) v. Buchholtz in der angef. Abh. S. 338. fgg.

der Tendenz Justinians im Widerspruch stände. Er rechnet nämlich zu den Bedingungen, welche pro non scriptis zu halten seien, auch die der Erbeinsetzung ohne eventuelle Enterbung hinzugefügten casuellen und vermischten, unter der Voraussetzung, daß die also Eingesetzten nach prätorischem Recht succediren wollen, d. h. eine secundum tab. B. P. nachsuchen, und argumentirt nun auf folgende Art: wer nicht auch die Bedingungen, welche schon nach älterem Recht ganz unbeachtet blieben, unter die Sanction der L. 32. stellen wolle, der müsse für den Fall, daß Descendenten unter einer nicht potestativen Bedingung auf mehr als den Pflichttheil eingesetzt seien, den emanzipirten Sohn, so wie Töchter und Enkel in der Gewalt mit besserem Rechte ausgestattet erklären, als den filius suus. Denn jene hätten nach altem Recht die ganze Portion sogleich in Anspruch nehmen können, als wäre gar keine Bedingung hinzugefügt, und müßten es dann auch nach neuem Recht können; während der suus filius in demselben Falle nicht die ganze Erbpartie, sondern nur soviel, als der Pflichttheil beträgt, sogleich und unbedingt in Anspruch nehmen dürfe. Da es nun unmöglich der Absicht Justinians angemessen seyn könne, den suus filius schlechter als die übrigen Descendenten zu stellen, so müsse angenommen werden, daß Justinian bei der L. 32. nicht blos die wahren und an sich wirksamen Bedingungen, sondern auch die schon nach dem früheren Recht pro non scriptis zu achtenden vor Augen gehabt habe[87]). — Wie sich der Verf. diesen Fall eigentlich gedacht habe? ist mir bis jetzt noch nicht klar geworden. Es bleibt daher nur übrig, die verschiedenen

87) in d. angef. Abh. S. 340. 341.

hier möglichen Fälle zu betrachten und zu zeigen, daß bei consequenter Anwendung der oben vorgetragenen Grundsätze das Resultat nie eintreten könne, wonach das Recht des filius suus ein schlechteres seyn würde, wie das anderer Descendenten. — Nehmen wir zuerst den Fall so, wie er nach der buchstäblichen Aeusserung des Verfassers genommen werden muß: der Testirer setzt seine Descendenten, nämlich einen filius suus, einen emanzipirten Sohn, Töchter und Enkel, schlechthin unter einer nicht potestativen Bedingung zu Erben ein. v. Buchholtz giebt selbst zu, daß der filius suus eine solche Verfügung überall nicht (auch nach dem Rechte der L. 32. nicht) anerkennen, jedoch eine wirksame sec. tab. B. P. nachsuchen dürfe; die Emanzipirten u. s. w. dagegen mußten das Testament für ein nach Civilrecht giltiges anerkennen, konnten indessen mit gleicher Wirkung, wie der filius suus, eine B. P. erhalten. Angenommen nun, der filius suus besteht hier auf das Civilrecht; dann kann das Testament überall nicht gelten (nach dem neuesten Recht freilich nur mit der in der Nov. 115. enthaltenen Beschränkungen). Oder er verzichtet auf jenes Recht; alsdann hat er wieder gleiches Recht mit den übrigen Descendenten, nämlich das Recht eine bonorum possessio aus dem Testament nachzusuchen, welche, auch bei wegfallender Bedingung, die Wirkung einer contra tab. B. P. hat. Und Aehnliches gilt für den Fall, wenn die Einsetzung unter einer unmöglichen Bedingung erfolgt ist: in Beziehung auf die übrigen Descendenten tritt hier das jus commune ein (also die Bedingung gilt pro non scripta), die Einsetzung des filius suus unter einer solchen Bedingung aber hat Nullität zur Folge, wenn nicht derselbe ebenfalls die gewöhnlichen Rechtswirkungen gel-

ten lassen will, was er durch Nachsuchung einer sec. tab. B. P. zu erkennen giebt. Worin liegt hier nun die Nothwendigkeit, entweder das Recht der L. 32. gelten zu lassen, oder den übrigen Descendenten ein besseres Recht, wie dem filius suus, zuzustehen? Aber v. Buchholz spricht von einem Falle, wo der filius suus vorerst nur soviel, als der Pflichttheil beträgt, in Anspruch nehmen dürfe. Er denkt mithin vermuthlich dabei an einen Fall, worauf, nach seiner Theorie wenigstens, die L. 32. anzuwenden ist; also: der filius suus ist unter einer Bedingung eingesetzt, auf welche die Sanction der L. 32. unzweifelhaft zu beziehen ist, der Emanzipirte unter einer solchen, welche schon nach älterem Recht als nicht vorhanden galt. Dann ist aber nicht derselbe Fall mehr vorhanden (und doch spricht der Verf. ausdrücklich von einer in demselben Falle eintretenden Verschiedenheit), überdies aber wird ausdrücklich gesagt, es seien sämmtliche Descendenten unter einer casuellen oder vermischten Bedingung eingesetzt. Es muß also noch irgend etwas hinzugedacht werden, um den Fall zu finden, der hier dem Verf. vor Augen schwebte. Vielleicht dachte er ihn sich so: der filius suus ist auf den entgegengesetzten Fall enterbt, die sonstigen Descendenten sind nur schlechthin unter einer nicht potestativen Bedingung eingesetzt. Daß auch auf diesen Fall die L. 32. nicht zu beziehen sei, haben wir oben zu zeigen gesucht. Indessen, wenn wir auch das Gegentheil gerne zugeben wollten: würde hieraus eine Ungleichheit des Rechts der verschiedenen Descendenten im Grundsatze folgen, oder wäre dies nicht bloße Folge der testamentarischen Disposition selbst, welche mithin unter gleichen Umständen für alle und jede Descendenten gelten muß? Dies ist ohne Zwei-

sel anzunehmen. Der Testirer kann der Einsetzung seines emanzipirten Sohnes unter einer nicht potestativen Bedingung eben so gut eine eventuelle Enterbung hinzufügen, wie der seines filius suus. Wir mögen nun hiefür die Wirkung des alten oder die des neuen Rechts eintreten lassen, so dürfen wir doch ohne Verletzung der Consequenz nicht annehmen, daß sie eine andere für den Emanzipirten, eine andere für den suus sei. So läßt sich denn allerdings auch der Fall denken, daß ein suus unter einer Bedingung eingesetzt wird, die unter die L. 32. C. zu subsumiren ist, der Emanzipirte aber neben ihm unter einer anderen, und daß hieraus sich ein besseres Recht für diesen ergiebt. Z. B. Jener wird unter einer Potestativbedingung, dieser unter einer casuellen eingesetzt. Alsdann erhält der Emanzipirte durch sec. tab. B. P. sofort seinen vollen Erbtheil, der suus vorerst nur den Pflichttheil, in Ansehung des Uebrigen muß die Erfüllung der Bedingung abgewartet werden, und erfolgt diese nicht, so fällt der desizirende Theil jure acrescendi an den Emanzipirten. Aber gilt nicht ein Gleiches auch für den Fall, wenn dieser unter einer Potestativbedingung, jener unter einer zufälligen eingesetzt war? Unmöglich kann also eine auf der Disposition selbst beruhende Ungleichheit des Rechts einen Einfluß auf die Frage haben: wie ein allgemeiner Rechtssatz zu verstehen und anzuwenden sei?

Es ist in allen bisher erwähnten Fällen vorausgesetzt, daß die Bedingung sich auf die Erbeinsetzung beziehe. Die Frage: ob der Pflichttheil selbst durch Erbeinsetzung zugewandt werden müsse, oder ob dies nicht nöthig sei? ist auf die hier einschlagenden Fragen ohne wesentlichen Einfluß. In diesem Commentar ist die Meinung vertheidigt, daß zwar die Erbeinsetzung der Notherben, welche

förmliches Notherbenrecht haben, auf gehörige Weise erfolgen müsse, im Uebrigen aber der Pflichttheil auch durch Vermächtniß zugewandt werden dürfe[88]). Das bisher Gesagte gilt daher schlechthin nur in Beziehung auf die der Erbeinsetzung selbst hinzugefügten Bedingungen. Ist diese nun eine unbedingte, allein dem Notherben dadurch nicht so viel, als sein Pflichttheil betrüge, zugewandt, ausserdem aber ihm ein Vermächtniß hinterlassen, so kämen nur in Beziehung auf dieses die Neuerungen Justinians zur Anwendung; fehlt noch etwas an dem vollen Betrag der Legitima, so tritt das Ergänzungsrecht ein, ist das Vermächtniß mit Bedingungen beschwert, so werden diese als nicht vorhanden betrachtet, mögen sie potestative, oder zufällige, oder vermischte seyn, unmögliche aber gelten stets pro non scriptis, ohne daß dabei die persönliche Qualität des Notherben in Betracht kommt.

c) Was endlich den Einfluß der Nov. 115 auf das Recht bedingter Einsetzungen oder Enterbungen der Notherben anbelangt, so ist auch davon schon ausführlich an einem andern Orte des Commentars gehandelt, und zu zeigen versucht, daß dies Gesetz eben so wenig, wie die L. 4. C. *de liber. praeter.* hierauf einen Einfluß geäussert habe, namentlich, daß erstlich die Einsetzung eines filius suus unter einer casuellen oder vermischten

88) Bd. 35. d. Comment. S. 317 — 321. Bd. 37. S. 189. fg.

89) Durch consequente Anwendung dieser Grundsätze wird eine Entscheidung aller und jeder Fälle, wie man sie sich auch ausdrücken möge, unschwer möglich seyn, aus den bisherigen Erörterungen sich auch von selbst gegeben, inwieferne und weshalb ich mit der Erörterung der besonderen Fälle, welche sich bei v. Buchholtz comment. cit. p. 13. sqq. u. in der angef. Abhandl. S. 341 — 351. findet, übereinstimme, oder davon abweiche.

Bedingung die Nullität begründet, wie die Novelle 115 sie bestimmt, die anderer Notherben in absteigender Linie aber nur bewirke, daß die Bedingung für nicht hinzugefügt gelte, dies Recht auch auf alle übrigen Notherben zu beziehen sei; daß ferner, was das bedingte Enterbungsrecht anbelange, in dieser Hinsicht das frühere Recht ebenfalls ungeändert geblieben sei, für Notherben ausser Descendenten aber eine praeteritio adjecta causa gelte, also dieselben auch ohne Beobachtung der sonst für Enterbungen geltenden Formen ausgeschlossen werden können, folglich denn auch die Regel: Enterbungen müßten unbedingt erfolgen, hier nicht gelte[90]. Da diesem auch nicht widersprochen ist[91]), so wird eine Verweisung darauf genügen können.

Eine an sich zulässige Bedingung nun ist in der Regel so zu erfüllen, wie sie ausgesprochen und gedacht ist, also innerhalb der vorgeschriebenen oder sonst anzunehmenden Zeitfrist (s. §. 1463), an dem gehörigen Ort, und überhaupt auf gehörige Art und Weise, mag darüber etwas vorgeschrieben seyn, oder als sich von selbst verstehend angenommen werden müssen. Letzteres, so wie überhaupt die wirklich gehegte oder mit Wahrscheinlichkeit anzunehmende Absicht des Testirers ist hier von ganz besonderer Bedeutung. Daher genügt nicht allemal eine buchstäbliche Erfüllung der Bedingung, nämlich alsdann nicht, wenn auch nur mit Wahrscheinlichkeit angenommen werden darf, daß der Testirer nicht beabsichtigt habe, die buchstäbliche Bestimmung in der Allgemeinheit gelten zu lassen, in welcher sie ausgesprochen ist. So entscheidet Papinian: wenn ein Fideicommiß unter der Be-

90) S. Bd. 37. d. Comment. S. 214—241.

91) Vgl. v. Buchholz in der angef. Abhandl. S. 351—353.

dingung angeordnet sei, daß der Fiduciar ohne Kinder sterben werde, so könne das Recht des Fiduciars nicht durch Adoption von Kindern ausgeschlossen werden, oder (wie er sich ausdrückt) „adoptionis commento non excluditur[92]), und ein Gleiches gilt denn auch natürlich von der einer letztwilligen Zuwendung hinzugefügten Bedingung, wenn der Honorirte Kinder bekommen werde[93]). Umgekehrt aber ist auch nicht allemal eine buchstäbliche Erfüllung erforderlich, damit das Recht wirksam werde. Hiernach entscheidet denn Ulpian folgenden Fall; die Bedingung lautete dahin: *si morte patris sui juris fuerit effectus;* nun wird der Honorirte beim Leben seines Vaters sui juris, nämlich durch Emanzipation. Dennoch soll die Bedingung für erfüllt geachtet werden[94]); hier wird also der Ausdruck nach der muthmaßlichen Absicht des Testirers erweitert. Daher schadet es denn bei einer alternativ gestellten Bedingung auch nicht, daß die eine Alternative weggefallen ist, wenn nur die andere erfüllt wird, oder (wie Papinian sagt): „Disjunctivo modo conditionibus adscriptis alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta; nec interest, in potestate fuerint accipientis conditiones, an in eventum collatae"[95]). Ein Zweifelsgrund konnte seyn, daß nach logischen Voraussetzungen die Erfüllung der Bedingung so, wie sie ausgesprochen wurde, nicht möglich ist, wenn die Alternative nicht mehr existirt. Allein der Testirer wollte offenbar das Recht davon abhängig machen, daß eine dieser Bedingungen, gleichviel

92) L. 76. D. *de cond. et dem.*

93) L. 51. §. 1. D. *de leg.* II.

94) L. 11. §. 11. D. *de leg.* III.

95) L. 78. §. 1. D. *de cond. et dem.*

welche, in Erfüllung gehe. Papinian fügt hinzu: es mache auch keinen Unterschied, ob die Bedingungen potestative oder zufällige (in eventum, sc. fortuitum collatae) seien. Weshalb? ist nicht recht klar. Vielleicht gab es eine singuläre Meinung, nach welcher eine disjunctive Fassung bei Potestativbedingungen die Bedeutung einer conjunctiven oder copulativen haben sollte[96]. Zum Vortheil des bedingt Berechtigten kommt übrigens der logische Grundsatz zur Anwendung, daß die alternative Fassung einer Bedingung die Möglichkeit einer Wahl voraussetzt; ist daher auch nur eine derselben unmöglich oder unzulässig, so bleiben beide unberücksichtigt, oder, m. a. W., die Disposition gilt als unbedingte[97].

Daß mehrere copulativ (conjunctiv) auferlegte Bedingungen (z. B. wenn Titius nach Italien reisen und daselbst eine Italiänerin heirathen wird) sämmtlich erfüllt werden müssen, versteht sich von selbst[98]; dieser Satz gilt an und für sich auch ohne Modification, wie die Anwendung desselben auf die sonst so begünstigten Freiheitsvermächtnisse beweis't[99]. Jedoch wird dabei vorausgesetzt, daß die Auflage an derselben Stelle erfolgt sei. Ist dies nicht der Fall, so braucht nur eine der Bedingungen erfüllt zu werden, und zwar findet sich dabei ein Unterschied zwischen Erbeinsetzungen und Vermächtnißbestimmungen. Bei

96) Vgl. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. Bd. I. §. 433.

97) L. 8. §. 5. D. *h. t.*

98) L. 5. D. *h. t.* („Si heredi plures conditiones conjunctim datae sint, omnibus parendum est, *quia unius loco habentur* —"). §. 11. J. *de heredib. inst.*

99) L. 45. D. *de manumiss. test.* (XL. 4.).

jenen ist es einerlei, welche derselben in Erfüllung geht; sobald also eine (gleichviel ob die zuerst oder die zuletzt gestellte) erfüllt wird, tritt die Disposition in Wirksamkeit: „Si plures institutiones ex eadem parte sub diversis conditionibus fuerint, conditio, quae prior exstiterit, occupabit institutionem"[100]). Bei Vermächtnissen wird die früher erwähnte Bedingung für nicht ausgedrückt gehalten, mithin ist die letzte zu erfüllen, ausser bei Freiheitsvermächtnissen; hier hat der Honorirte die Wahl, kann also diejenige Bedingung wählen, deren Erfüllung ihm am leichtesten ist: „In legatis *novissimam*, in libertatibus *levissimam conditionem* spectandam esse —"[1]). Wenn Jemand an verschiedenen Stellen des Testaments, und zwar an der einen bedingt, an der anderen unbedingt zum Erben eingesetzt ist, so wird nur die unbedingte Einsetzung berücksichtigt, ohne daß darauf etwas ankommt, ob die bedingte zuerst oder zuletzt steht[2]). Bei Vermächtnissen kommt auch hier die Regel zur Anwendung: die zuletzt gestellte Bedingung wird berücksichtigt, so daß also, wenn das bedingte Vermächtniß voran steht, die Verfügung als unbedingte gilt,

100) L. 17. D. *h. t.* — S. auch L. 27. §. 2. D. *de hered. inst.* u. L. 5. D. *h. t.* (Note 98), wo am Schlusse hinzugefügt wird: „si disjunctiva sint, cui libet". — *Bart.* Chesius de different. jur. cap. 37. nr. 8. (in der jurisprud. Rom. et Att. T. II. p. 732. sq.)

1) L. 51. pr. L. 87—89. D. *de cond. et dem.* — Doch galt dies nur für directe Freiheitsvermächtnisse; für die fideicommissarischen blieb es bei der Regel: novissima conditio spectanda est. L. 90. D. *eod.* L. 5. D. *de manumiss. test.* (XL. 4.)

2) L. 27. §. 1. L. 67. D. *de hered. instit.*

umgekehrt aber es sich verhält, wenn derselbe Gegenstand zuerst unbedingt, sodann aber unter einer Bedingung vermacht wird[3]). Indessen wird dabei die Modification hinzugefügt: „Quodsi pure legatum, ex continenti heres sub conditione damnatus aut rogatus est dare, perinde est, ac si juncta subjecta scriptura idem legatum esset, vel ut praesens vindicari, si hoc voluerit legatarius, vel quum conditio exstiterit, ab herede peti possit, nisi cum commemoratione superioris legati posterius scriptum fuerit, velut: *Stichum, quum illi legavi, heres meus ei, si illud factum fuerit, dato;* tunc enim revocandi animo praesens legatum et sub conditione dandi ita scripsisse videbitur; et si ante conditionem rem vindicet, doli exceptio locum habere poterit“. — Der Jurist unterscheidet also: ob das zuerst unbedingt hinterlassene Vermächtniß später (ex intervallo) unter einer Bedingung angeordnet, oder ob der Ausdruck der Bedingung unmittelbar hinter der unbedingten Anordnung erfolgt ist; im letzteren Falle soll der Honorirte die Wahl haben, das Vermächtniß entweder als bedingtes oder als unbedingtes geltend zu machen, es wäre denn die letzte Disposition unter einer solchen Beziehung zu der ersten erfolgt, daß daraus die Absicht des Testirers, den vorausgegangenen unbedingten Ausdruck aufgehoben haben zu wollen, klar erhelle. — Westphal versteht das ex intervallo von einer Anordnung in einer anderen Schrift (in einem später errichteten Codizill), das ex continenti also von der in dem nämlichen Testament enthaltenen Verfügung[4]) und in der That erscheint auf diese Weise die

3) L. 89. D. *de cond. et dem.*

4) von Vermächtn. u. Fideicommissen I. §. 435.

obige Distinction viel verständiger; wenigstens vermögen wir uns kaum eine recht deutliche Vorstellung davon zu machen, wie man die unbedingte und bedingte Disposition unmittelbar auf einander folgen lassen kann, ohne daß beide als eine einzige erscheinen, oder m. a. W. die letzte als nähere Bestimmung des voraufgehenden Satzes, mithin als zu diesem gehörig. Indessen zeigt eine genauere Ansicht der Stelle bald, daß der Jurist an solche Anordnungen dachte, die in dem nämlichen Testamente enthalten sind. Wenn nun also der Testirer etwa so verfügte: heres meus damnas esto Titio dare aedes Sejanas, und unmittelbar darauf, ohne bestimmte Beziehung auf jene Verfügung: heres meus, *si illud factum erit*, d. e. T. d. aedes Sejanas, so konnte dies allenfalls so gedeutet werden, es habe damit ausgedrückt werden sollen, das Vermächtniß solle unbedingt und bedingt angeordnet seyn, es stehe folglich in der Wahl des Honorirten, welche Form er gelten lassen wolle; denn für den Fall, daß ihm zur Todeszeit des Erblassers die Fähigkeit zu erwerben fehlte, konnte es ihm vortheilhaft seyn, das Vermächtniß als bedingtes bestehen zu lassen, indem es alsdann wirksam war, wenn er beim Eintritt der Bedingung die Fähigkeit wieder erhalten hatte[5]).

Während nun die Bedingung schwebt, kann der bedingt eingesetzte Erbe (gegen Cautionsleistung, wovon weiter unten näher die Rede seyn wird) eine secundum tabulas B. P. erhalten[6]), unter der Voraussetzung je-

5) S. Gl. Acc. *Praesens* ad L. 89. J. *de cond. et demonstr.* Chesius l. 1. nr. 13. p. 735. Pothier nota *Quum illud* ad L. 89. cit.

6) L. 5. pr. D. *de Bon. poss. sec. tab.* (XXXVII. 11). — L. 10. *eod.*

doch, daß das Testament an sich zu Recht beständig sei [7]). Inzwischen übt der Erbe die Rechte eines jeden Bonorum possessor aus, namentlich also stellt er das interdictum quorum bonorum an, und selbst Veräusserungen, so wie sonstige Verwaltungshandlungen sind zulässig [8]); wobei nur die Beschränkung sich von selbst versteht: falls er bona fide und mit der Sorgfalt verfährt, wozu ihn die geleistete Caution verpflichtet. Tritt die Bedingung ein, so kommt hierauf freilich nichts weiter an; deficirt sie oder stirbt der Erbe vor ihrem Erbantritt, so muß er den Erbtheil, oder auch die ganze Erbschaft, mit den gezogenen Früchten, herausgeben, nämlich an die Miterben, die Substituten, oder die Intestaterben [9]); ist er selbst der nächste Intestaterbe, so behält er das Vermögen, ja wenn ein civilrechtlicher oder prätorischer Notherbe unter einer zufälligen oder vermischten Bedingung eingesetzt und nicht auf den entgegengesetzten Fall enterbt ist, so schließt er auch die Miterben und Substituten aus [10]). In folgenden Fällen wird aber die bonorum possessio nicht gegeben, oder verliert doch ihre Wirkung: a) wenn die Einsetzung unter einer Potestativbedingung erfolgt und die Erfüllung derselben leicht möglich ist. Hier wird dem Erben vom Prätor (oder von dem Richter, bei dem er die Ertheilung der B. P. nachsucht) eine Frist gesetzt, binnen welcher er die Bedingung erfül-

7) L. 6. D. *eod.*

8) L. 23. pr. D. *de hered. inst.*

9) L. 1. §. 7. D. *ad Sct. Tertyllian.* (XXXVIII. 17).

10) Vgl. L. 2. §. 1. L. 5. D. *de B. P. sec. tab.* L. 3. §. 12. 13. D. *de B. P. contra tab.* (XXXVII. 4). S. auch oben S. 158. fgg. (Nro. 1).

len und die Erbschaft antreten muß[11]. b) Wenn Erbschaftsgläubiger andrängen, so wird ebenfalls eine Frist bestimmt, binnen welcher der Anstand erledigt seyn und die Erbschaft angetreten werden muß, unter dem Präjudiz, daß späterhin die Gläubiger eine missio in bona erhalten sollen; inzwischen wird ein Curator bonorum bestellt, welcher nothwendige Veräusserungen und andere Verwaltungshandlungen vorzunehmen hat, die ohne Nachtheil für die Masse nicht füglich aufgeschoben werden können[12]. c) Ein gleiches findet endlich Statt, wenn der Erbe abwesend, krank, oder sonst befördert ist, dasjenige zu thun, oder zu bewirken, was geschehen muß, um die Erbschaft erwerben zu können[13].

Die Cautionsbestellung mußte als **Praetoria stipulatio**[14] mittelst Bürgen geschehen[15]; jetzt ist überhaupt nur eine hinreichende Realsicherheit erforderlich[16].

11) L. 23. §. 1. D. *de hered. inst.*

12) L. 23. §. 2. 3. *eod.* — „et interim, *quae urgebunt*, per curatores distrahi jussurum (Praetorem). Sed et si *grave aes alienum* sit, *quod ex poena crescit*, *et maxime si publicum debitum imminet*, per curatorem solvendum est.“ — Grammatische Schwierigkeiten, welche sich in diesen Stellen finden, sind berücksichtigt von *J. C.* Rücker obs. C. IV. §. 6. nr. 11. S. auch *Jo.* Jensius strict. ad Pand. p. 185.

13) L. 23. §. 4. *eod.*

14) Bisweilen wird die zu leistende Caution auch als Muciana cautio bezeichnet (s. z. B. L. 18. D. *de cond. et dem.*). Welche Bewandniß es damit habe, wird unten bei §. 1464. entwickelt werden. Hier kommt darauf nichts an.

15) L. 3. D. *de praetor. stipul.* (XLVI. 3).

16) S. Stryk Us. mod. Pand. Tit. de praetor. stipul. §. 2.

gerichtet ist, ist diese darauf, daß, wenn die Bedingung deficire, die Erbschaft unvermindert denen restituirt werden würde, welche alsdann als die dazu Berechtigten erscheinen[17]. Das dabei zu beobachtende Verfahren kann nur folgendes seyn: der Antrag des Erben veranlaßt eine (öffentliche oder Privat-) Vorladung der dabei betheiligten Personen. Demnächst wird durch causae cognitio festgestellt, ob und in welcher Art die Caution zu bestellen sei. Findet man, daß nach Lage der Sache eine Cautionsleistung nicht nöthig sei (z. B. die ganze Erbschaft ist von geringem Belange und der Erbe hinreichend sicher), so bedarf es wenigstens der Realcaution nicht[18]. Im entgegengesetzten Falle erfolgt eine Auflage zur gehörigen Cautionsbestellung[19]. Sind die zur Cautionsforderung

17) L. 12. D. *qui satisdare cog.* (II. 8). Cujacii obs. IX. 5.

18) Arg. L. 1. §. 9. D. *de praetor. stip.* und L. 8. *cod.* (*verb.* „et potest videri calumniose satis petere." Ob man hier mit Cujacius lieset: *nec* potest videri u. s. w. oder die Flor. Lesart beibehält, ist für die gegenwärtige Erörterung gleichgiltig. Immer enthalten diese Worte ein Argument dafür: daß ein gesetzlich anerkanntes Cautionsrecht nicht so geradehin geltend gemacht werden kann, vielmehr dabei die concreten Verhältnisse zu berücksichtigen sind, um zu entscheiden, ob sie überhaupt nöthig sei, oder nicht? M. vgl. über diese Stelle besonders die Noten von Cujacius und *Ant.* Schulting ad Pauli rec. sent. Lib. V. Tit. 9. §. 1. not. 2. et 4. *Jan. a* Costa ad §. 2. J. *de divis. stipul.* *Thom.* Papillonius de directis hered. substit. c. VII. in f. bei Otto thes. T. IV. p. 702. Pothier Pand. Justin. ad tit. *de B. P. sec. tab.* not. *Cujacius et Petr. Faber.*

19) L. 12. in f. D. *qui satisd. cog.* („Praetor — *ex*

berechtigten Personen zur Zeit noch nicht zu ermitteln, so würde nach Analogie anderer Rechtsvorschriften einer öffentlichen Person die Caution zu bestellen seyn[20]), d. h. (wie man dies jetzt versteht und anwendet) es wird eine genügende Caution zu den gerichtlichen Acten bestellt, welche im eintretenden Falle ihre Wirkung für die eventuell berechtigten Personen äussert.

Indessen fragt es sich hierbei noch: ob es denn stets einer Caution bedarf, wenn die Bedingung erfüllt werden muß, und nicht etwa ein Fall vorhanden ist, wo es an der gehörigen Sicherheit ohnehin nicht fehlt? In unseren Quellen werden ausdrücklich folgende Fälle erwähnt, in welchen die Caution gefordert werden kann: a) wenn der bedingt Eingesetzte Miterben hat, in welchem Falle diesen die Caution zu bestellen ist[21]); b) wenn er Substituten hat. Alsdann muß diesen cavirt werden[22]). Ausserdem findet sich c) in einer Novelle noch die Bestimmung: wenn ein Wittwer oder eine Wittwe unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, zu Erben eingesetzt seien (was bekanntlich nach Justinianischem Rechte geschehen kann), so habe der eingesetzte Erbe dem Substituten, oder, wenn ein solcher nicht vorhanden ist, den Intestaterben die Caution zu bestellen[23]). Daß

causa jubere solet, stipulationem interponi) Vgl. Schulting not. 4. ad loc. *Pauli* alleg.

20) arg. L. 18. D. *de adopt.* (I. 7). — Vgl. L. 3. C. *de tabular., scribis* etc. (X. 69).

21) L. 4. §. 1. L. 20. pr. D. *h. t.* L. 7. §. 1. D. *de cond. et dem.*

22) *Pauli* rec. sent. Lib. V. Tit. 9. §. 1. — L. 12. D. *qui satisd. cog.* L. 8. D. *de praetor. stipul.*

23) Nov. 22. c. 44. §. 9.

hierbei vorauszusetzen ist, der Erbe sei als alleiniger (als heres ex asse) eingesetzt, bedarf wohl keiner Bemerkung und ist auch nicht nie bezweifelt. Indessen soll nach der Meinung vieler Juristen das Recht der Intestaterben, die Caution zu fordern, sich auf diesen Fall beschränken, folglich in allen übrigen Fällen, wo Jemand zum alleinigen Erben und ohne Anordnung einer Substitution eingesetzt ist, die Erbschaft auch ohne Caution dem Erben auszuantworten, oder, wie dies auch wohl ausgedrückt wird, die Bedingung ungiltig seyn; die Bestimmung der Nov. 22. c. 44. behandelt man als Ausnahme[24]). Jedoch hat die entgegenstehende Ansicht[25]) gewiß die überwiegenden Gründe für sich. Dies wird sich insonderheit durch nähere Beleuchtung der Gründe herausstellen, welche die Gegner für ihre Meinung anzuführen pflegen. Zuvörderst soll hier nur auf eine Stelle hingewiesen werden, welche ganz allgemein bestimmt, daß der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe nur gegen Cautionsleistung an Den, welcher beim Wegfallen der Bedingung ein Recht auf die Erbschaft haben würde, das Vermögen erhalten soll: „Is, cui sub conditione non faciendi aliquid

24) Von älteren Vertheidigern dieser Meinung mögen hier nur genannt seyn: Die Accursische Glosse zu L. 4. §. 1. D. h. t. (Gl. *sub impossibili*). *Jo. Jac.* Wissenbach Disput. ad Pand. Vol. II. Disp. VIII. Nr. 5. Von Neueren: Thibaut Pand. §. 954. Nr. VII. Fabricius Ursprung und Entwickelung der Bonorum possessio (Berl. 1837). S. 65.

25) Von Vertheidigern dieser Ansicht nenne ich: *Jo.* Voet comment. ad Pand. h. t. §. 7. u. besonders: L. Arndts Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilr. u. Civilproz. I. Nr. IV. 2. S. 183—207.

relictum est, ei scilicet *cavere debet* Muciana cautione; *ad quem jure civili, deficiente conditione,* hoc legatum, *cave hereditas* pertinere potest" [26]. Der, welcher jure civili ein eventuelles Recht auf die Erbschaft hat, ist doch sicher nicht blos der Miterbe oder der Substitut, sondern auch der Intestaterbe; ja an diesen scheint vorzugsweise hier gedacht worden zu seyn, denn Miterben und Substituten sind durch das Testament, Intestaterben durch das Gesetz zur Erbschaft berufen. Im höchsten Grade unbefriedigend ist die Entkräftung, wodurch man dies Argument zu beseitigen sucht: die Zusammenstellung der hereditas mit dem legatum beweise, daß der Jurist hier nur an testamentarische Dispositionen gedacht habe; mithin müsse die Entscheidung von einem Falle verstanden werden, wenn neben dem bedingt Eingesetzten noch ein Anderer pure eingesetzt sei [27]. Indessen fehlt es allerdings nicht an Gründen, welche die hier angefochtene Meinung sehr zu unterstützen scheinen. Erstlich beruft man sich darauf: daß es ja bis zum Ausfall der Bedingung durchaus ungewiß bleibe, ob überall einmal die Intestaterbfolge werde deferirt werden, da nicht Derjenige, welcher beim Tode des Testirers der Nächste war, sondern Der, welcher im Augenblicke, wo es sich entscheidet, daß Intestatsuccession eintrete, der Nächste seyn wird, zur Intestaterbfolge berufen werde [28]. Dagegen würde man sich aber schon

26) L. 18. D. *de cond. et dem.*

27) S. *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 33. §. 21. u. insonderheit *Fr. de* Amaya observ. jur. L. II. c. XI. §. 36. — Dagegen s. Arndts a. a. O. S. 189—191.

28) Fabricius a. a. O. S. 65. fg.

auf Justinians Bestimmung in der Nov. 22. c. 44. §. 9. berufen dürfen. Stände der Möglichkeit einer Cautionsleistung an die Intestaterben ein juristischer Grundsatz entgegen, so würde ja auf diese Weise überhaupt nicht haben entschieden werden können; Gründe, weshalb gerade diese Bestimmung als Ausnahme betrachtet werden soll, sind nicht angegeben und liegen auch nicht in der Natur des entschiedenen Falls. Indessen läßt sich dies Gegenargument auch auf einem anderen Wege vollständig beseitigen. Allerdings hat es seine Richtigkeit, daß zu der Zeit, wo die Bedingung defizirt, ein ganz Anderer der nächste Intestaterbe seyn kann, wie zur Zeit der Cautionsleistung[29]). Aber tritt nicht die nämliche Ungewißheit ein, wenn einem Substituten zu caviren ist? Es bleibt ja ebenfalls möglich, daß derselbe vor dem Wegfallen der Bedingung mit Tode abgegangen, oder sonst unfähig geworden ist. Dies berechtigt den bedingt Eingesetzten keineswegs, sich nicht für pure instituirt anzusehen, vielmehr muß er nunmehr, wenn die Bedingung defizirt, die Erbschaft an die Intestaterben herausgeben. Indessen möchte man hierin vielleicht eine petitio principii erblicken und meinen: in dem hier supponirten Falle könne kein anderes Recht gelten, wie wenn gleich An-

29) Von den vielen Möglichkeiten mag hier nur die eine, gewiß die gewöhnlichere, erwähnt werden, wenn der zur Cautionsforderung Berechtigte vor dem Wegfallen der Bedingung stirbt: L. 5. D. *de suis et legitim.* (XXXVIII. 16). „Si quis, quum haberet fratrem et patrem, decesserit testamento facto, deinde, pendente conditione heredum scriptorum, frater intestato decesserit, mox conditio defecerit, patrem posse utriusque adire legitimam hereditatem constat."

fangs nur ein heres ex asse dem Intestaterben gegenüber stände, oder, m. a. W., es habe das Eintreten eines solchen Falles allerdings die Wirkung, daß die Bedingung selbst für aufgehoben, — die Einsetzung für eine unbedingte zu halten sei. Aber man denke sich, daß mehrere Substitutionsgrade vorhanden sind. Ohne Zweifel wird der erste Institut nur dem ersten Substituten die Caution zu leisten haben, die natürlich zu ihrer Wirksamkeit voraussetzt, daß der Substitut den Zeitpunct des Wegfallens der Bedingung erlebt. Ist dies nicht der Fall, so tritt der folgende Substitut an dessen Stelle, und gewiß wird Niemand sagen, daß durch das Wegfallen dessen, welchem die Caution bestellt wurde, die bedingte Erbeinsetzung sich in eine unbedingte verwandte, also das Recht der übrigen Substituten von selbst aufhöre. Findet nun aber hierbei zur Zeit der Cautionsleistung nicht die nämliche Ungewißheit in Ansehung der Frage Statt, wer beim Wegfallen der Bedingung der eigentlich Berechtigte seyn werde, wie wenn der eingesetzte Erbe es nur mit Intestaterben zu thun hat? 30) — Es ist also wohl klar, daß der Zweck der Caution war, zu bewirken, daß die Erbschaft dem bedingt Instituirten nicht ohne Weiteres Preis gegeben, — daß der künftige Erbe gegen nachtheilige Verwaltungshandlungen desselben gesichert sei 31). Gerade in den meisten Fällen aber würde bei bedingter Einsetzung Alles in die Hände des Erben gegeben

30) Vgl. Arndts a. a. O. S. 202—205.

31) Diesen Zweck hebt Paulus ganz besonders hervor, indem er (in seinen Noten zu Papinian) bemerkt: „**Praetor beneficium suum** (nämlich der **Bonorum possessio** des eingesetzten Erben) **nemini vult esse captiosum**"; **L. 8. pr. D.** ***de praetor. stipul.***

seyn, wenn nicht auch den Intestaterben Caution bestellt werden müßte. Es läßt sich aber auch der Sicherungszweck ohne alle juristische Inconvenienz auf eine einfache Art dadurch erreichen, daß man Jeden zur Cautionsforderung für berechtigt hält, welcher als solcher vor dem Defiziren der Bedingung erscheint; so daß mithin beim Wegfallen des Näheren der Entferntere an dessen Stelle rückt und jetzt fördern darf, daß ihm die, für den Anderen erloschene Caution aufs Neue bestellt werde. Da das Gegentheil nirgends bestimmt ist, die hier angenommene Berechtigung des an die Stelle eines Anderen Eintretenden aber auf allgemein rechtlichen Voraussetzungen beruht, so bedarf es zur Rechtfertigung dieses Modus auch keines ausdrücklichen Quellenzeugnisses. Am einfachsten bleibt es freilich immer, wenn (was ja jedenfalls in subsidium doch geschehen muß) die Caution gleich Anfangs einer persona publica, oder zu richterlichem Protokoll bestellt wird, in welchem Falle sie ihre Wirkung für Jeden äussert, der beim Wegfallen der Bedingung als der Nächstberechtigte erscheint[32]).

Man beruft sich indessen zweitens auch auf Quellenäusserungen, welche den Beweis dafür enthalten sollen, daß der unter einer Bedingung eingesetzte heres ex asse nur dem etwanigen Substituten, nicht auch dem Intestaterben caviren dürfe. Zwei dieser Stellen gehen auf denselben Fall. Die eine[33]) lautet also: „Mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, *si eam pecuniam,*

32) Vgl. oben den Text zur Note 20. und Arndts a. a. O. S. 205.

33) L. 20. pr. D. *h. t.*

quam doti promisisset, neque petiisset, neque exegisset. Puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus, per se non stare, quo minus acceptum faceret id, quod ex dote sibi deberetur, statim eum heredem futurum. Quodsi solus heres institutus esset sub tali conditione, nihilominus puto statim eum heredem futurum, quia ἀδύνατος conditio pro non scripta accipienda est.“ Also die Bedingung ist: wenn er das, was aus dem Dotalversprechen ihm noch gebührt, nicht fordern wird. Hat der Mann Miterben, so muß die Bedingung erfüllt werden, und er erfüllt sie dadurch, daß er sich zur Acceptilation bereit erklärt. Ist er allein eingesetzt, so ist die Bedingung als eine nach Rechtsbegriffen unmögliche anzusehen, mithin gilt die Einsetzung, wenigstens von dem Momente an, wo er erklärt, Erbe werden zu wollen, als eine unbedingte. Und wie konnte hier wohl anders entschieden werden! Denn die Erbschaftsantretung begründet eine confusio jurium; mit dem Augenblick, wo sie erfolgte, war auch die Forderung des Mannes aus dem Dotalversprechen von selbst erloschen, folglich es unmöglich geworden, jetzt noch gegen die Bedingung zu handeln [34]). Fast mit den nämlichen Worten trägt auch Ulpian diesen Fall vor, indem er den Entscheidungsgrund noch etwas deutlicher und bestimmter ausdrückt, wie der Verfasser der vorigen Stelle (Labeo): „quoniam non est, cui caveat, non impediri eum quo minus adeat hereditatem; nam *jure ipso videtur impleta conditio eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem*“ [35]).

34) S. Voet l. l. §. 7. u. Arndts a. a. O. S. 191—193.
35) L. 7. §. 1. D. *de cond. et dem.*

Mehr Schwierigkeit macht eine andere Stelle[36]). Sie lautet wie folgt: „Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est: *si servum hereditarium non alienaverit*, caventem coheredi implere conditionem[37]); caeterum *si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri*. Quae sententia vera est". — Daß an und für sich ein Veräusserungsverbot einer erbschaftlichen Sache wirksam angeordnet werden kann, — daß also hier nicht gesagt werden darf: es ist an sich unmöglich, daß gegen das Verbot gehandelt werde, ist ausser allem Zweifel; nur muß für Jemanden ein rechtliches Interesse dabei vorliegen, wenn gegen das Verbot gehandelt ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn in der Anordnung implicito eine fideicommissarische Verfügung zum Besten eines Dritten liegt[38]), wovon indessen hier nicht die Rede seyn kann. Es ist aber an und für sich ein rechtliches Interesse für Jeden, der ein eventuelles Successionsrecht hat (Substituten und Intestaterben) vorhanden, daß die Bedingung nicht in Erfüllung gehe. Es ist also nicht gerade ein Interesse in Beziehung auf das Object der Bedingung erforderlich, damit diese als beachtenswerth erscheine. Ueberhaupt ist der Erblasser bei Anordnung bedingter Dispositionen nur insoweit beschränkt, daß unmögliche, unmoralische, juristisch unzulässige oder einander widersprechende Bedingungen (conditiones perplexae)

36) L. 4. §. 1. D. *h. t.*

37) Der Sinn ist: Julian schreibt, daß der, welcher unter der Bedingung, den servus hereditarius nicht zu veräussern, eingesetzt ist, durch Cautionsleistung (scil. de non alienando) die Bedingung erfülle.

38) L. 114. §. 14. D. *de leg.* I.

unbeachtet bleiben. Im Uebrigen mag ein Motiv der Bedingung zu Grunde liegen, welches es wolle: die Bedingung muß in Erfüllung gehen, sonst fällt die daran geknüpfte Disposition über den Haufen. Um so weniger kann also die rechtliche Geltung der Bedingung davon abhängen, daß dieser oder Jener (abgesehen von den Folgen der Nichterfüllung) noch besonders dabei interessirt sei. Darum muß denn auch die Erklärung v. d. Waters (welcher dem Resultate nach mit uns übereinstimmt) verworfen werden: es sei die Bedingung, daß der erbschaftliche Sclave nicht veräussert werde, im Interesse der Miterben auferlegt, deshalb sei sie als nudum praeceptum (als nicht zu beachtende Vorschrift) zu betrachten, wenn Miterben nicht vorhanden seien[39]. Nicht befriedigender ist es, wenn man aus der L. 4. §. 1. cit. die Regel abstrahirt: es werde in dem Falle, wo nur ein Erbe vorhanden sei, blos eine conditio potestativa in non faciendo für nicht beigefügt gehalten, — also es gelte in einem Falle, wo sonst die cautio Muciana anwendbar sei, alsdann die bedingte Einsetzung für eine unbedingte[40]. Denn auf die Art der Cautionsleistung, ferner auf die Frage: ob nach dem besonderen Inhalt der Bedingung dieselbe erfüllt werden müsse, oder nicht, kann es zwar von Einfluß seyn: ob sie eine potestative oder eine Bedingung anderer Art, — eine negative oder positive sei —; das Rechtsprinzip selbst aber, daß jede Bedingung in der Regel zu erfüllen, oder

39) *Jo. v. de* Water observ. jur. Rom. Lib. I. c. 4. Dagegen: Arndts a. a. O. S. 198. fg.

40) Dies scheint die Ansicht der Accursischen Glosse zu seyn; Gl. *Cohaeredi* u. *sub impossibili* ad L. 4. §. 1. D. *h. t.*

der Erfüllung wegen Caution zu bestellen sei, wenn man das Vermögen haben wolle, ist davon unabhängig. — Ganz willkührlich ist die Voraussetzung von Voet, daß in dem entschiedenen Falle weder Substituten noch Intestaterben vorhanden gewesen seien[41]). Sind dergleichen Suppositionen erlaubt, so lassen sich freilich auf leichte Art alle und jede Schwierigkeiten entfernen; und mit Recht ist dagegen bemerkt, daß ja doch noch irgend Jemand da seyn werde, welcher am Ende einen Anspruch auf die Verlassenschaft hat, — der Fiscus[42]). Soll denn dieser gleichgiltig dabei zusehen, daß das Vermögen durchgebracht werde? — Der Wahrheit nahe kommt Cujacius, wenn er sagt: ein **servus hereditarius** kann nur von dem veräussert werden, der bereits Erbe geworden ist; allein er trübt diese richtige Bemerkung durch den Zusatz: unter dem **servus hereditarius** sei hier nur der zur **hereditas jacens** gehörige Sclave zu verstehen. Erkläre sich mithin der bedingt eingesetzte Erbe zur Erbschaftsantretung bereit, so höre nunmehr der Sclave auf **servus hereditarius** zu seyn, mithin könne die Bedingung nicht mehr übertreten werden[43]). **Hereditarius servus** ist überhaupt der zur Erbmasse gehörige

41) Voet l. l. §. 7.

42) Arndts a. a. O. S. 197.

43) Cujacius obs. V. 2. Auch der sonst so scharfsinnige *Ulr.* Huber (**Prael. ad Pand. Tit.** *de cond. et dem.* **§. 3.**) giebt dieser Meinung seinen Beifall. — Schwankend äussert sich hier Pothier **Pand. Justin. Tit.** *de cond. et dem.* **Nr. 21. Nota** *Haec conditio.* Doch kommt er zuletzt auf die hier angefochtene Meinung zurück: es sei darum die Caution nicht nöthig, weil man nicht wisse, Wem sie eigentlich zu bestellen sei.

Sclave; dies bleibt er, auch wenn die Erbschaft bereits angetreten ist[44]). — Die richtige Erklärung findet sich bei Anton Faber[45]), nämlich wenn man davon absieht, daß auch Er einen wesentlichen Unterschied zwischen den conditiones in faciendo und in non faciendo findet, der doch nicht existirt. — Es ist nämlich wohl zu beachten, daß der Jurist die Nichtverbindlichkeit zur Erfüllung der Bedingung oder zur Cautionsleistung auf Unmöglichkeit der Erfüllung zurückführt (sub *impossibili conditione* heredem institutum videri). Eine solche Unmöglichkeit nun ist hier vorhanden, wenn man die testamentarische Disposition in dem Sinne interpretirt, in welchem sie ausgesprochen ist. — Der Testirer will nicht, daß der Eingesetzte eher Erbe werde, bis er die Bedingung erfüllt hat (denn dies ist natürlich der Sinn einer jeden bedingten Einsetzung). Nun kann aber unmöglich gegen die Bedingung eher gehandelt werden, bis man Erbe geworden ist, also möglicherweise ein Recht zur Veräusserung erlangt hat: darum ist hier die Bedingung als unmögliche, als perplexa, oder wie man sonst will, — genug, als nicht geschrieben zu betrachten. — Ein nicht ganz unerheblicher Zweifelsgrund drängt sich freilich gegen diese Erklärung auf. Wenn die Sache sich also verhält (kann man sagen), weshalb muß denn dem Miterben in einem solchen Falle Caution bestellt werden? A. Faber antwortet hierauf: der Testirer habe doch nur bestimmt, die Erbschaft solle vor Erfüllung der Bedingung angetreten werden; von Wem? darauf komme nichts an. Mithin sei dem Willen des

44) Vgl. Arndts a. a. O. S. 199. fg.

45) *A.* Faber conjectur. Lib. II. c. 16.

Erblassers genügt und die Möglichkeit der Erfüllung eingetreten, wenn von den Miterben des bedingt Eingesetzten die Erbschaft erworben worden sei. Näher liegt es indessen wohl, hier die Entscheidung daran zu knüpfen, daß Miterben auch ein unmittelbares Recht an den Erbschaftsobjecten selbst, mithin ein besonderes Interesse dabei haben, daß in Ansehung dieser den Vorschriften des Testaments genügt werde[46].

Anders, wie bei bedingten Erbeinsetzungen, verhält es sich, wenn bedingte Vermächtnisse angeordnet sind. Hier behält der Onerirte das Vermächtniß in der Regel so lange, bis die Bedingung eingetreten ist, muß aber seiner Seits eine Caution der Erfüllung halber bestellen[47]. Nun konnte es aber in manchen Fällen während der ganzen Lebensdauer des bedingt Berechtigten ungewiß bleiben, ob die Bedingung in Erfüllung gehen werde, oder nicht. Da aber der Eintritt der Bedingung von dem Honorirten erlebt werden muß, um das Recht auf seine Erben zu transmittiren[48], so würde in der That ein solches Vermächtniß (offenbar gegen den Willen des Testirers) ganz wirkungslos gewesen seyn, wenn hier das gewöhnliche Recht zur Anwendung gekommen wäre. Durch Vermittelung einer von Qu. Mucius Scävola erfundenen und in die Rechtspraxis eingeführten Caution

46) Vgl. Arndts a. a. O. S. 202. — Noch andere Gründe für die hier vorgetragene Absicht wird man bei diesem Schriftsteller finden S. 203 — 207.

47) S. hierüber unten den dritten Titel des sechs und dreißigsten Buchs (*Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur*).

48) L. 5. §. 2. D. *quando dies legator. vel fideicommissor. cedat.* (XXXVI. 2).

würde die Realisirung einer derartigen Verfügung möglich: der Honorirte erhält das ihm Zugewandte gegen diese Caution, die den Onerirten der Rückzahlung halber sicher stellt, sonst aber bewirkt, daß das Vermächtniß bei den Erben des Honorirten bleibt[49]). Von dieser Caution und besonders von ihrer Anwendung auf bedingte Erbeinsetzungen wird ein Mehreres unten beim §. 1464. vorkommen. Indessen darf hier nicht unbemerkt bleiben, daß manche neuern Juristen überhaupt nur für die Fälle, in welchen die Muciana cautio zur Anwendung kommen kann, das so eben dargestellte Recht für anwendbar halten. So sprechen namentlich Voet und Thibaut a. a. O. von der Befugniß des bedingt Eingesetzten, gegen Cautionsleistung das Vermögen zu erhalten, nur bei Gelegenheit der cautio Muciana, Westphal sagt geradezu: wenn eine erlaubte Bedingung bejahend beigefügt war, so erhielt der Erbe die Erbschaft eigentlich nicht eher, bis die Bedingung wirklich geworden war, wofern sie verneinend beigefügt worden, konnte der Erbe die Güter sogleich verlangen, nur mußte er Caution stellen[50]). Ueberhaupt scheint früher die Ansicht sehr verbreitet gewesen zu seyn, daß in der Regel ein curator bonorum während des Schwebens der Bedingung zu ernennen sei, wie denn schon Ulr. Huber diese Ansicht zu widerlegen bemüht ist[51]), indem er zugleich bemerkt, daß Andr. Gail, auf welchen man sich hiefür zu berufen pflegte, von der richtigen Meinung überall nicht abweiche; und in der That spricht Gail auch gar nicht von dem Fall

49) L. 7. pr. L. 18. L. 73. pr. D. *de cond. et dem.*

50) Westphal von Testamenten §. 331.

51) Praël. ad Pand. *h. t.* §. 10.

bedingter Einsetzungen, sondern er führt nur aus: daß, wenn Gläubiger andrängen und der Erbe binnen der ihm richterlich gesetzten Frist nicht antrete, oder wenn periculum in mora vorhanden sei, eine Curatel angeordnet werde[52]). Vertheidigen läßt sich die Ansicht, daß nur bei negativen Potestativbedingungen Caution zu bestellen sei, auch gewiß nicht, da mehrere der oben angeführten Stellen dies Recht ganz allgemein, d. h. ohne Berücksichtigung des besonderen Inhalts der Bedingung bestimmen, und wenn gleich der Gebrauch der Muc. cautio auf eigenthümlichen Gründen und Zwecken beruhte, so ist doch der allgemeine Zweck: nicht blos den eventuellen Erben sicher zu stellen, sondern auch einer Gefahr der Verminderung der Erbschaft nach Möglichkeit notzubeugen[53]), allenthalben vorhanden, wo der Erbe einer schwebenden Bedingung halber noch nicht eigentlicher Erbe werden kann. Indessen ist es nicht schwer nachzuweisen, wie jene

52) Observ. pract. Lib. II. obs. 130.

53) Früher konnte eine solche Verminderung leicht durch die alte pro herede usucapio eintreten (Gaj. II. §. 52. sqq.). Als indessen diese auch nicht mehr geduldet wurde, da war doch zu befürchten, daß den andrängenden Gläubigern eine missio in bona ertheilt werden möge. Und selbst die Anordnung einer Curatel ohne missio für die Gläubiger, abgesehen davon, daß sie stets mit Kosten verbunden ist, entzieht doch dem Erben die selbstständige custodia, Administration und Benützung der Masse; sie entzieht ihm Vortheile, die sich für den Fall, daß die Bedingung eintritt, als sehr wichtig herausstellen. (Vgl. Arndts a. a. O. S. 184. fg.). In Beziehung auf dies Alles kann es keinen Unterschied machen, ob die Bedingung eine positive oder negative, und namentlich eine solche ist, welche die Anwendung der Muciana cautio veranlaßte.

Ansicht entstanden sei, und vielleicht liesse sich auch wohl darthun, daß sie in der Praxis prävalire. Cautionsbestellungen sind nämlich überhaupt bei uns nicht so gewöhnlich, wie bei den Alten; sondern statt deren erfolgen gewöhnlich richterliche Befehle unter eventueller Androhung einer Strafe (wie z. B. in den Fällen, wo bei Streitigkeiten über Servitutenrechte nach den Quellen eine cautio de non amplius turbando auferlegt wird), oder es wird ein fragliches Rechtsobject unmittelbar unter obrigkeitlichen Schutz gestellt. Hiezu kommt, daß die Beispiele, welche hinsichtlich des hier zur Frage stehenden Rechtsverhältnisses sich in den Quellen finden, meistens von negativen Potestativ-Bedingungen handeln (si servum non alienaverit, — si a liberis non decesserit u. dgl. m.); ferner ist allerdings nicht zu verkennen, daß in Fällen dieser Art die Zulassung des Erben gegen Cautionsbestellung noch durch besondere Gründe motivirt wird, welche bei anderen Bedingungen nicht zutreffen. (S. §. 1464)[54]).

Es wurde oben bereits bemerkt, daß durch die Cautionsleistung dem bedingt Eingesetzten Besitz und Genuß der Erbschaft, so wie die besonderen Rechte eines jeden Bonorum possessor (also das interd. quorum bonorum) gewährt werde. Ein fest begründetes Recht an der Erbschaft erhält er (in der Regel wenigstens) dadurch nicht, indem, wenn er einmal Erbe geworden ist, einem Anderen die Erbschaft nicht mehr deferirt werden kann, in Folge

54) Ueber die Vorschrift des Preuß. Landrechts Th. I. Tit. 12. §. 478, daß während des Schwebens der Bedingung der Intestaterbe im Besitze und Genusse des Nachlasses bleiben solle, s. m. Huschke im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 323.

der Regel: semel heres, semper heres[55]). Folglich drückt sich Hellfeld hier ganz richtig aus: wenn er sagt: „Pendente conditione — — hereditas vel a curatore bonorum, vel ab ipso herede, praestita cautione, *administratur*." Indessen wird in dem Falle der L. 4. §. 1. D. h. t. (wo die Bedingung so lautete: si servum hereditarium non alienaverit) ausdrücklich bemerkt: durch Cautionsbestellung genüge der Cavent der ihm auferlegten Bedingung. Ist dies der Fall, so muß allerdings angenommen werden, der bedingt Eingesetzte sei wirklich Erbe geworden, folglich darf nichts weiter von ihm verlangt werden, als was er durch die Caution zugesichert hat, m. a. W. er bleibt Erbe. Vielleicht ist der Ausdruck nur im uneigentlichen Sinne zu verstehen, — nämlich von Erfüllung der Bedingung zu dem Zwecke, um den Besitz der Erbschaft zu erhalten. Aber es ist auch eine Erklärung möglich, wornach jener Satz wörtlich verstanden werden darf. Wenn (so kann man sagen) der Inhalt der Bedingung an und für sich betrachtet einen obligatorischen Character hat, so leistet man ihr durch die Caution ein Genüge; die Forderung aus derselben, wenn man gegen die Obligation handelt, tritt an die Stelle der ursprünglichen Verpflichtung, wie sich ja überhaupt jede obligatorische Verbindlichkeit am Ende in eine Interessen-Forderung auflöst. Die Richtigkeit dieses Prinzips selbst ist in einer anderen Stelle sehr bestimmt anerkannt. Es ist die, ebenfalls bereits erklärte, L. 7. §. 1. D. *de cond. et dem.*: der Mann ist unter der Bedingung eingesetzt, wenn er die ihm wider die Erblasserin zustehende

55) S. Arndts a. a. O. S. 187 fg.

Forderung auf Erfüllung des Dotalversprechens nicht geltend machen würde. Hat er Miterben, so muß er die Bedingung erfüllen; er erfüllt sie aber dadurch, daß er sich entweder zur Acceptilation bereit erklärt, oder cavirt; ist Eins oder das Andere geschehen, so kann er nun die Erbschaft antreten („denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto facere dotem, *vel cavere, et ita adire posse hereditatem*"); die Erbschaft antreten heißt aber, dieselbe erwerben. Steht nun hiernach das Prinzip selbst fest, so handelt es sich nur noch um die Möglichkeit der Anwendung desselben auf den Fall der L. 4. §. 1. cit. Nun wurde oben bereits ausgeführt, daß der Grund, weshalb jene Bedingung alsdann nicht als eine unmögliche oder verkehrte betrachtet werden soll, wenn Miterben vorhanden sind, eben in dem bei Erfüllung der Bedingung selbst vorauszusetzenden Interesse der Miterben zu suchen ist. Hat nun dies seine Richtigkeit, so handelt es sich hier, wie in dem Fall der L. 7. §. 1. *de cond. et dem.* lediglich um Erfüllung einer Verbindlichkeit gegen die Miterben, folglich muß auf gleiche Weise die Cautionsleistung der Erfüllung der Bedingung gleich zu achten seyn[56].

§. 1462.

Erfüllung der Bedingung.

Ist die Bedingung eine rein zufällige, so hängt lediglich von ihrer Erfüllung der Eintritt des Rechts ab. Der Wille des bedingt Berechtigten wenigstens, oder sein Bestreben, die Erfüllung herbeizuführen, entscheidet hier

56) Vgl. hierbei noch Arndts a. a. O. S. 202.

nichts; nur die geflissentliche Vereitlung ihres Eintritts durch einen Anderen kann hierbei noch berücksichtigt werden, wovon aber erst weiter unten die Rede seyn darf. Nicht also verhält es sich bei den Potestativbedingungen, so wie den gemischten[57]. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß auch jene erfüllt werden müssen, wenn der bedingt Berechtigte an der Erfüllung nicht gehindert wird, daß mithin, wenn er selber den Eintritt der Bedingung hindert, das daran geknüpfte Recht wegfällt; dies gilt selbst für solche liberale Zuwendungen, welche sich einer besonderen Begünstigung erfreuen, wie Freiheitsertheilungen[58]. Auch darf ihn nicht der Vorwurf treffen, daß er säumig gewesen sei; war ihm also die Erfüllung möglich, er nimmt aber die ihm auferlegte Handlung nicht vor, sobald er dazu im Stande war, und nun tritt ein Hinderniß ein, so ist sein Recht verwirkt[59]. Hiervon abgesehen ist aber der ernstliche Wille, die Auflage erfüllen zu wollen, der wirklichen Erfüllung gleich

57) Ueber diesen zum Theil sehr streitigen Punct vgl. m. besonders: *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 34. Voet ad Pand. *h. t.* §. 21. — *C. L.* Crell an conditio, quae propter casum impleri nequit, pro impleta habeatur. Vitemb. 1735. (et rec. ib. 1742. Auch in dem Fasc. IV. der Diss. u. Progr. des Verf.) *J. T.* Richter de conditionib. potestativis et mixtis casu deficientibus in ult. volunt. pro adimpletis habendis. Lips. 1751. *A. E.* Endemann de implendae conditionis tempore Spec. (Marb. 1821.) §. 15. p. 65—74. — Sell a. a. O. §. 40. 41. 55.

58) L. 6. C. *de nec. serv. hered. instit.* (VI. 27).

59) Ueber die Zeit, worauf hierbei zu sehen ist, wird weiter unten, §. 1462., die Rede seyn.

zu achten, wenn diese auch durch einen Zufall vereitelt wird; ja es wird das Vorhandenseyn einer solchen Absicht allemal vermüthet, wenn auch noch nichts geschehen ist, allein die Vereitelung der Erfüllung durch einen Zufall eintritt, ehe diese noch erfolgen konnte; z. B. wenn dem Herrn eines Sclaven dessen Manumission zur Bedingung gemacht ist und der Sclave stirbt: „non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest“ [60]). Ein Gleiches ist auch der Fall, wenn Derjenige, welcher bei der Nichterfüllung der Bedingung interessirt ist, ihren Eintritt hindert [61]). Anders verhält es sich, wenn die widerrechtliche Handlung eines Dritten, der bei Erfüllung der Bedingung nicht interessirt ist, dieselbe verhindert. Alsdann ist wenigstens als Regel anzunehmen, daß die Bedingung als weggefallen gilt, der Dritte aber zum Schadensersatz verpflichtet wird: „Julianus scribit: si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumissero*, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum; *propter occisionem enim defecit conditio*. Quodsi vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur“ [62]). Die Bedingung, den eignen Sclaven zu manumittiren, ist eine

60) L. 8. §. 7. D. *h. t.* L. 54. §. 2. D. *de leg.* I. — Endemann l. l. §. 12. p. 47.

61) L. 39. L. 161. D. *de reg. jur.* L. 81. §. 1. D. *de cond. et dem.* L. 5. §. 3. D. *quando dies legator. vel fideic. cedat.* (XXXVI. 2).

62) L. 23. §. 2. D. *ad Leg. Aquil.* (IX. 2).

reine Potestativbedingung; dennoch wird sie hier als deficirend betrachtet, ungeachtet der Eingesetzte dabei ausser aller Schuld war. Daß hier ein Unterschied gemacht wird, je nachdem die Tödtung des Sclaven vor oder nach dem Tode des Erblassers erfolgt ist, kommt für das obige Resultat selbst nicht in Betracht, sondern nur für die Entschädigungsfrage: im letzteren Falle ist der Werth der Erbschaft mit in Anschlag zu bringen, im ersteren nur der höchste Werth des Sclaven in dem letztverflossenen Jahre[63]). Von der Erbschaft kann dabei nicht weiter die Rede seyn; denn nicht der Werth, welchen der Sclave künftig einmal für seinen Herrn hätte haben können, sondern der, welchen er in der Vergangenheit gehabt hat, ist Gegenstand der Interessenklage, die Erbschaft eines Lebenden ist aber im Rechtssinne ein überhaupt noch nicht existirendes Rechtsobject, sondern erst nach der Delation kann sie als solches in Betracht kommen[64]). Ob die Entscheidung Julians billig, ob sie auch nur consequent ist? darf allerdings bezweifelt werden. Daher hat man denn gefragt, ob nicht wenigstens **in subsidium** dem eingesetzten Erben sein Recht wieder hergestellt werden müsse? Allein das Argument, daß ein verlornes Klagerecht gegen einen Dritten, der dadurch bereichert ist, wieder hergestellt wird[65]), würde kaum

63) Pr. J. *de lege Aquilia.*

64) S. Gl. Acc. *quia retrorsum* ad h. l. Averanius interpr. jur. Lib. II. c. 24. nr. 30—32. Pothier ad Tit. Dig. *ad Leg. Aquil.* nr. 45. not. *Quasi diceret.* Sell a. a. O. §. 55. S. 221. fg.

65) L. 3. §. 1. D. *de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sist.* (II. 10). L. 8. §. 14. D. *ad Sct. Vellej.* (XVI. 1).

auf den Fall passen, wenn der Honorirte ein bloßer Vermächtnißnehmer ist und sich auf den Grund jener Analogie an den durch das Wegfallen der Bedingung bereicherten Erben halten wollte[66]); hier aber, wo von einem bedingt eingesetzten Erben die Rede ist, welcher mit dem jetzt an seine Stelle tretenden Intestaterben auch nicht entfernt in einem Obligationsverhältnisse steht, erscheint es vollends unanwendbar[67]). Nur für den unter einer Potestativbedingung eingesetzten suus heres kann man Julians Entscheidung nicht gelten lassen; denn für einen solchen ist es zu bestimmt anerkannt, und bringt auch die Natur des Rechtsverhältnisses von selbst mit sich, daß lediglich von ihm verlangt werden könne, was in seiner Macht steht, was darüber hinausgeht aber als nicht geschrieben zu betrachten sei.

Verschieden noch von dem so eben erörterten Falle ist der, wenn Jemandem conditionis implendae causa etwas gegeben werden sollte, derselbe auch der Erfüllung kein Hinderniß in den Weg stellt, wohl aber ein Dritter. Hier concurriren zwei berechtigte Subjecte: der, welchem die Bedingung auferlegt war — der also geben sollte, und der, welchem gegeben werden sollte. Nach den obi-

66) Wie dies auch Sell a. a. O. S. 222. fgg. Note 6. bemerkt.

67) Der Grundsatz, daß ein durch Dritte veranlaßtes Hinderniß der Erfüllung die Nothwendigkeit derselben nicht aufhebe, ist auch in Beziehung auf blos zeitige Behinderungen anerkannt. Lautet z. B. die Bedingung dahin, daß der Honorirte an so und so viel Tagen eine gewisse Handlung vornehme, wird aber an einzelnen Tagen durch einen Dritten verhindert, so muß er die noch fehlenden Tage nachholen; L. 40. pr. D. *de cond. et dem.*

gen Grundsätzen muß so entschieden werden: hat derjenige, von dem das Hinderniß ausgeht, ein Interesse dabei, das nicht erfüllt werde, so gilt die Bedingung für erfüllt, sonst nicht. In beiden Fällen aber kann der, dem conditionis implendae causa, Entschädigung von dem fordern, welcher die Erfüllung verhinderte. So entscheidet Ulpian auch den folgenden Fall[68]: einem Sclaven war die Freiheit unter der Bedingung vermacht, wenn er dem Dritten eine namhafte Summe auszahlen werde. Er durfte die Summe aus seinem Peculium nehmen[69]), wird aber von dem Erben daran gehindert und sieht sich dadurch ausser Stand gesetzt, die Bedingung zu erfüllen. Nichtsdestoweniger soll er die Freiheit erhalten („statu liber perveniat ad libertatem, quasi impleta conditione, cui parere prohibitus est“), aber auch dem Dritten verbleibt sein Recht („nummi non peribunt“), indem ihm eine Entschädigungsklage (in factum actio) wider den Erben gegeben wird: „agere potest, ut testatori pareatur“. Diese Worte haben denn Veranlassung zu der Erklärung gegeben, daß, wenn gleich die eigentlich für weggefallen zu achtende Bedingung in Beziehung auf den statu liber, wegen der bekannten Begünstigung von Freiheitsertheilungen, für erfüllt gelte, dennoch die Bedingung nicht schon für erfüllt gehalten werde, sondern gegen den Erben auf Annahme der als Bedingung auferlegten Handlung geklagt werden müsse[70]). Jedenfalls ist hier (wie freilich auch in der Stelle Ulpians) der Ausdruck ungenau. Wenn das an

68) L. 3. §. 9. D. *de cond. causa data c. n. s.* (XII. 4).

69) L. 3. §. 1. D. *de statu lib.*

70) Sell a. a. O. S. 221.

die Bedingung geknüpfte Recht fest und unwiderruflich eintreten soll, so muß nothwendig die Bedingung für erfüllt geachtet werden; die in factum actio gegen den Erben ist also eine reine Schadensklage [71]). Ueberdies aber steht die Entscheidung hinsichtlich des statu liber selbst ganz unter den Grundsätzen des Rechts, wonach eine Bedingung für erfüllt gilt, wenn ihr Eintritt von dem verhindert wird, welcher bei dem Nichteintritt interessirt ist —, oder, davon einen Vortheil hat; dies aber ist hier der Erbe [72]).

Sehr gewöhnlich nun wendet man die nämlichen Entscheidungsgrundsätze auch auf die gemischten Bedingungen an. Indessen sieht man sich dadurch theils zu grundlosen Distinctionen genöthigt (z. B. ob das Hinderniß vor oder nach dem Tode des Testirers eingetreten ist, ob ein reiner Zufall die Erfüllung hindert, oder die Weigerung einer dritten Person u. dgl. m.), theils zu Einschränkungen und zur Annahme von Besondernheiten, wodurch der Grundsatz selbst untergraben, oder doch so zweifelhaft wird, daß von einer sicheren Anwendung nicht mehr die Rede seyn kann. Allerdings tritt sehr häufig bei gemischten Bedingungen das nämliche Resultat ein, wie bei den potestativen, d. h. auch sie gelten für erfüllt, wenn die Erfüllung durch ein nicht in der Macht des Honorirten stehendes Ereigniß vereitelt wurde, aber es lassen sich auch eben so viel Beispiele nachweisen, nach welchen in denselben Fällen das Gegentheil angenommen

71) Pothier in tit. *de cond. et dem.* nr. 115. not. *Intellige.* S. auch die in d. folg. Note angef. Schr.

72) Aus diesem Gesichtspunct betrachtet auch schon die Glosse zu dieser Stelle den Fall. S. auch *Ulr.* Huber Eunom. Rom. p. 504. 505.

wird; folglich kann das Prinzip, wonach dies zu bestimmen ist, nicht das nämliche seyn für die eine wie für die andere Art der Bedingungen. Ehe nun der Versuch gemacht wird, den für vermischte Bedingungen anwendbaren Rechtsgrundsatz aufzufinden, müssen noch einige Bemerkungen voraufgeschickt werden. — 1) Der Begriff einer Potestativbedingung ist ein sehr relativer. Die nämliche Handlung kann unter verschiedenen Umständen für den einen als Potestativbedingung erscheinen, für den Anderen von vorne herein als eine durch reine Zufälligkeiten bedingte[73]). Hierauf nahmen die Alten bei ihren Entscheidungen ganz besondere Rücksicht, veranlaßten dadurch aber Zweifel und Streitigkeiten unter den Neueren, welche Alles gerne buchstäblich nehmen. 2) Auch kann eine Auflage, welche an und für sich ganz den Character einer reinen Potestativbedingung hat, die Bedeutung einer vermischten Bedingung durch besondere Modalitäten erhalten; so, wenn der Testirer vorgeschrieben hat, daß die Erfüllung binnen einer bestimmten Zeit geschehe, dies aber durch ein nicht in des Honorirten Macht liegendes Ereigniß verhindert wird[74]). 3) Jede Bedingung, von welcher es vorweg

73) Vgl. was darüber bereits Bd. 36. d. Comment. S. 358. fgg. bemerkt ist.

74) Einen solchen Fall trägt Javolen vor, in der L. 28. D. *de statu liber.* In diesem Falle war von dem Eintritt der Bedingung die Freiheit eines Menschen abhängig gemacht, und deshalb wird sie für eingetreten erachtet („sed *favor libertatis* eo rem perduxit“ u. s. w.) Bei einer solchen Wendung der Entscheidung darf man mit voller Sicherheit annehmen, daß in gewöhnlichen Fällen es sich anders verhalte, wie auch sehr häufig (z. B. in der L. 94. D. *de cond. et dem.*) sich ausdrücklich bemerkt findet. Durch eine Modalität der oben bemerkten Art also

feststeht, daß ihre Erfüllung nicht blos von dem Willen des Honorirten, sondern auch von dem des Honorirten abhängt, hat den Character einer gemischten, bestehe die Auflage auch nur in einer einfachen Leistung (z. B. der Zahlung einer Geldsumme) an einen Dritten. Dies wird an vielen Stellen deutlich anerkannt[75]. Doch finden sich Abweichungen; namentlich darf die **conditio dandi** auch der Einsetzung eines **filius suus** hinzugefügt werden, ohne denselben auf den entgegengesetzten Fall zu enterben[76]. Da nämlich die Weigerung der Annahme, oder (in Beziehung auf den Notherben wenigstens) eine aus anderen Gründen eintretende Behinderung der Erfüllung dem Honorirten nicht schadet, eine Weigerung der Annahme aber gewiß nicht wahrscheinlich ist, wenn nur der Erbe seiner Seits guten Willen hat: so ist hier der **conditio dandi** die Bedeutung einer eigentlichen Potestativbedingung beigelegt. Wo übrigens Leichtigkeit der Erfüllung oder Unwahrscheinlichkeit der Weigerung von Seiten des Dritten nicht mit der Sicherheit angenommen werden darf, da behalten auch bei der Einsetzung eines **filius suus** gemischte Bedingungen ihre gewöhnliche Bedeutung; wie denn z. B. die Bedingung Jemanden zu adoptiren, demselben nur auferlegt werden kann, wenn

erhalten Potestativbedingungen die Bedeutung von gemischten (vgl. ENDEMANN **de condit. impl. temp. p. 65. sqq.**), so wie man auch sagen kann: in Beziehung auf Freiheitsertheilungen erhalten gemischte Bedingungen die Bedeutung von potestativen. S. POTHIER **ad tit.** ***de cond. et dem.*** **nr. 145. Not.** ***Quia non stat per eum.***

75) Vorläufig s. man **L. 94. pr. in §. D.** ***de cond. et dem.*** **L. 20. §. 3. D.** ***de statu lib.***

76) **L. 4. §. 1. L. 5. in f. D.** ***de hered. inst.*** Vgl. auch den folg. §.

er auf den entgegengesetzten Fall enterbt wird[77]). 4) Als Beispiele von gemischten Bedingungen werden meistens solche Fälle genannt, wobei die Mitwirkung oder Einwilligung einer bestimmten dritten Person erforderlich wird, wie z. B. die **conditio dandi, adoptandi, nubendi.** Doch kommen auch andere Auflagen vor, denen man allgemeinen Begriffen zu Folge (s. oben S. 128. ff.) den Character gemischter Bedingungen zugestehen muß, z. B. irgend einen Beweis zu erbringen, oder ein öffentliches Amt zu erhalten — **si consul, si Praetor factus fuerit**[78]). Allein bei Bedingungen dieser Art wird sich nie mit Bestimmtheit ermitteln lassen, daß der Wille des Honorirten als das schlechthin Vorherrschende erscheine, m. a. W. es ist unmöglich zu sagen: es sei von Seiten des Honorirten Alles geschehen, was den Erfolg bedingt, falls nicht ein Ereigniß, das für ihn als reiner Zufall erscheinen muß, jenen vereitelt hätte. Möglich ist z. B. allenfalls der Beweis, daß der Aspirant unbedingte Tüchtigkeit für das Amt habe, um welches er sich bewirbt; aber wer vermag zu behaupten, daß er der tüchtigste von allen Candidaten sei, und vollends, daß nicht auch noch andere Gründe, die mit seiner Fähigkeit nichts gemein haben, der Realisirung seines Wunsches entgegengestanden? Hiernach liegt es in der Natur der Sache, daß Bedingungen dieser Art als rein casuelle behandelt werden müssen, oder vielmehr diesen dem practischen Effect nach völlig gleich stehen[79]); wobei übrigens das wohl ange-

77) **L. 11. D.** ***h. t.*** **L. 83. D.** ***de cond. et dem.***

78) **L. 83. D.** ***de cond. et dem.*** **L. 7. C.** ***de instit. et substit.*** **(VI. 25). L. 11. in f. D.** ***de cond. et dem.***

79) Darum wird denn auch die rein casuelle Bedingung: **si navis ex Asia venerit,** und mit der: **si Titius con-**

nommen werden darf, daß eine Designation zu dem Amte zur Erfüllung hinreiche, gesetzt auch, der Antritt wird durch einen Zufall, z. B. durch seinen Tod, verhindert.

Es ist also nur noch ein durchgreifendes Entscheidungsprinzip für diejenigen Bedingungen zu finden, wobei der Wille des Honorirten und der eines bestimmten Dritten zusammenwirken müssen. Dies aber dürfte das folgende seyn: so wie bei rein potestativen Bedingungen der ernstliche Wille, bei den casuellen der reine Zufall entscheidet, so kommt es bei den gemischten darauf an, was zuerst sich äussert, ob der Wille des Honorirten, oder der vereitelnde Zufall; ist jenes der Fall, so gilt die Bedingung für erfüllt, ist dieses, so ist sie weggefallen. Davon sind wegen bekannter Rechtsbegünstigung Freiheitsertheilungen und Alimentenvermächtnisse ausgenommen. Daß sowohl über Regel als Ausnahmen verschiedene Ansichten unter den Römischen Juristen herrschten, ist sehr bestimmt aus den uns erhaltenen Entscheidungen zu ersehen; es läßt sich aber so bündig wie irgend etwas beweisen, daß die hier vorgetragene Ansicht die in der Compilation gebilligte ist. Von den zahlreichen Belegen hiezu mögen nur folgende genannt seyn: L. 5. §. 5. D. *quando dies leg. ced.* (XXXVI. 2). „Si qua conditio sit, quae per legatarium non stat, quo minus impleatur, sed aut per heredem, aut per ejus personam, in cujus persona jussus est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur, utputa si jussus sim heredi decem dare,

sul factus fuerit, zusammengestellt und bemerkt, daß ehe sie erfüllt und die Erfüllung getrennt sei, die Erbschaft nicht angetreten werden könne; L. 21. D. *de cond. et dem.*

et ille accipere nolit[80]). Sed et si ita mihi legatum sit: *si Sejam uxorem duxero*, nec ea velit nubere, dicendum erit, diem legati cedere, quod per me non stat, quominus paream conditioni, sed per alium stat, quominus impleatur conditio". — Die Worte: *per alium stat* beziehen sich hier auf die Person, welche man der Auflage zufolge heirathen sollte, nicht auf einen Dritten, indem die Erfüllung einer gemischten Bedingung alsdann, wenn das Hinderniß von einem Dritten ausginge, natürlicherweise eben so wenig angenommen werden darf, wie die einer rein potestativen (s. oben S. 212. fg.). — In der Stelle also wird (was die letzte Bedingung anbetrifft) vorausgesetzt, daß der Honorirte seinen Heirathsantrag machte und zwar zu einer Zeit, wo die Erfüllung der Bedingung noch möglich war; vereitelt würde seine Absicht erst, nachdem von ihm geschehen war, was er hierbei möglicherweise thun konnte, und deshalb gilt die Bedingung für erfüllt[81]). — Ferner: L. 11. D. *h. t.* „Si quis testamento hoc modo scripserit: *filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto, si non adoptaverit, exheres esto;* et filio parato adoptare Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres, quasi expleta conditione". Der Notherbe ist unter einer gemischten Bedingung, aber, wie es sich gebührte, unter einer Enter-

80) Auf gleiche Art wird entschieden, wenn die Bedingung gestellt ist: si statuas in municipio posuerit, der Honorirte sich zur Erfüllung bereit erklärt, aber die Behörde sich weigert, ihm dazu einen Platz einzuräumen; L. 14. D. *de cond. et dem.*

81) S. auch L. 1. C. *de inst. et substit.* (VI. 25). L. 1. C. *de his quae sub modo leg. relinq.* (VI. 45.)

bung auf den entgegengesetzten Fall eingesetzt; natürlich muß hier in Beziehung auf die Frage: gilt die Bedingung für erfüllt? das Nämliche angenommen werden, wie für jeden Anderen, und darum gehört die Stelle hieher. — Umgekehrt verhält es sich, wenn das, was der Erfüllung hindernd in den Weg tritt, der Handlung des Honorirten voraufgeht; hier gilt die Bedingung für weggefallen. So bei der conditio dandi, wenn der, welchem gegeben werden sollte, stirbt, ehe ihm die Erfüllung angeboten wurde [82]; bei der conditio nubendi (wovon die häufigsten Beispiele in unseren Quellen vorkommen), wenn die Person, mit welcher der Honorirte sich verbinden sollte, stirbt, ehe ihr der Antrag gemacht war, oder gemacht werden konnte — z. B. vor dem Eintritt der Mündigkeit [83]). Solche Stellen, welche das an die Bedingung geknüpfte Recht eintreten lassen, ungeachtet die Bedingung durch einen der Willensäusserung des Hononirten voraufgegangenen Zufall vereitelt ist, sprechen lediglich von Bedingungen, die als unerlaubte ohnehin nicht beachtet werden. Dahin gehört die Bedingung: wenn sich der Honorirte nach der Wahl eines Dritten verheirathen werde (z. B. si filia arbitratu Titii nupserit) [84]). — Andere Stellen betreffen folgenden Fall:

82) L. 94. pr. in f. D. *de cond. et dem.*

83) L. 101. pr. D. *de cond. et dem.* L. 4. C. *de condit. insert.* (VI. 46).

84) L. 54. §. 1. D. *de leg.* I. L. 28. pr. L. 72. §. 4. D. *de cond. et dem.* — („Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficit, *quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret*, mulieri succuretur"). S. oben §. 1459. S. 94. Endemann l. l. §. 15. p. 69. not. 1. Sell a. a. O. §. 39. u. §. 55. S. 210.

es wurden zwei Brüder zu Erben eingesetzt mit der Bestimmung, daß den größeren Theil des Nachlasses Der haben solle, welcher von ihnen eine bestimmt genannte Person heirathen werde. Will nun diese Keinen der Erben heirathen, oder wird durch ihren vor dem Heirathsantrag erfolgten Tod die Erfüllung unmöglich, so erben die Brüder zu gleichen Theilen[85]. Hier ist nicht die Erbeinsetzung, sondern die Theilbestimmung durch die Heirath bedingt; wird diese von Keinem der Erben vollzogen, so hat natürlich der Eine auch keinen Vorzug vor dem Anderen, folglich muß die Erbschaft in gleiche Theile getheilt werden. Der Grund, weshalb die Heirath nicht zu Stande kommt, ist ganz gleichgiltig; mag es ein Zufall seyn, oder Weigerung der genannten Person, oder (was nicht ausdrücklich entschieden ist, sich aber von selbst versteht, indem ja die Bedingung sich eben nur auf die Theilbestimmung bezieht) das Nichtwollen beider eingesetzten Erben[86].

In favorem libertatis, werden nun aber bei Freiheitsvermächtnissen die gemischten Bedingungen den potestativen gleichstellt. Dieser Gegensatz findet sich sehr entschieden in folgender Stelle: **L. 94. pr. D.** ***de cond. et dem.*** **„Quum ita datur libertas:** ***Si Titio*** **(qui non est heres)** ***decem dederit,*** **certa persona demonstratur; ac propterea in persona ejus tantum conditio impleri potest. Sane si quum cesserit dies pecuniam conditione comprehensam statu li-**

85) L. 23. 24. D. *h. t.* — Vgl. L. 9. §. 10. u. 11. D. *de heredib. inst.*

86) Die richtige Erklärung findet sich schon in der *Gl. Acc. aequales admittuntur* ad L. 23. D. *h. t.*

der habuerit[87]), jure constituto nulli dando consequitur libertatem (also, wenn er nur zu geben bereit war, so wird doch die Erfüllung dadurch unnöthig, daß sie durch irgend einen Zufall vereitelt ist). *Diversa causa est legatarii*; in cujus persona placuit conditionem deficere, si antequam dederit legatarius pecuniam, Titius moriatur". Der nämliche Grundsatz wird auch natürlich alsdann zur Anwendung gebracht, wenn mit der Freiheitsertheilung ein Vermächtniß anderer Art verbunden ist. Es war einem Servus unter der Bedingung eine gewisse Summe zu zahlen, die Freiheit zugewandt und ihm für den Fall zugleich ein Vermächtniß ausgesetzt. Sabinus wollte hier auch die Freiheit davon abhängen lassen, daß der Sclave schon vor dem Eintritt des hindernden Ereignisses die zur Erfüllung der Bedingung erforderliche Summe in Bereitschaft gehalten hatte, wogegen Julianus die in der Compilation auch gebilligte Meinung vortrug, daß die Freiheit stets eintrete, wenn ohne Schuld des Sclaven die Leistung nicht erfolgen könne. Das in dem Testament außerdem ihm ausgesetzte Vermächtniß könne er nicht erhalten, wenn das Hinderniß eingetreten sei, ehe er sich zur Erfüllung der Bedingung bereit gehalten habe: „Adeo autem *constituto potius jure* (in Gemäßheit der rechtlichen

87) Es muß hierbei vorausgesetzt werden (wie sich auch aus dem Schlußsatz von selbst ergiebt), daß durch den Tod des Titius die Leistung unmöglich geworden ist (s. Pothier tit. *de cond. et dem.* nr. 145. not. *Supple*). Einige schlagen hier eine Aenderung der Lesart vor: z. B. sane si quum decesserit *Titius*, pecuniam conditione comprehensam statuliber habuerit. S. Smallenberg not. ad D. h. l. T. V. p. 524.

Bestimmung über den favor libertatis), quam ex testamento ad libertatem pervenit, ut, si eidem et legatum sit, mortuo eo, cui dare jussus est, *ad libertatem quidem pervenit, non autem et legatum habiturus est.* Diversa causa est ejus, quem heres prohibet conditioni parere: *hic enim ex testamento ad libertatem pervenit*"[88]). In den Schlußworten wird nur des Freiheitsvermächtnisses gedacht, der Entscheidungsgrund geht aber auch auf das besondere Vermächtniß: wenn der Onerirte selbst die Erfüllung der Bedingung hindert, so gilt jede Bedingung für erfüllt, und darum heißt es hier, es trete schon in Folge der testamentarischen Anwendung (nicht nach rein gesetzlicher Vorschrift) das Vermächtniß in Kraft[89]). Ganz gleiche Entscheidungen finden sich in anderen Stellen[90]), denen jetzt aber noch folgende[91]) anzureihen ist: „In testamento ita erat scriptum: *Stichus et Pamphilus liberi sunto, et si in matrimonium coierint, heres meus his centum dare damnas esto.* Stichus ante apertas tabulas decessit; respondit: partem Stichi defectam esse, sed et Pamphilam defectam conditione videri, ideoque partem ejus apud heredem remansuram. Sed etsi uterque vi-

88) L. 20. §. 3. D. *de statu liberis.* Vgl. auch L. 39. §. 4. *eod.*

89) Pothier Pand. Justin. tit. *de cond. et dem.* nr. 45. not. *Hoc enim commune.*

90) L. 16. D. *de manumiss. test.* (XL. 4. — „nam favore libertatis receptum est, ut — — — — —; circa legatum defecisse conditio visa est".) L. 19. D. *de statu liber.* (XL. 7.).

91) L. 31. D. *de cond. et dem.*

veret, et Stichus nollet eam uxorem ducere, quum mulier parata esset, nubere, illi quidem legatum deberetur, Stichi autem portio inutilis fiebat. Nam quum uni ita legatum sit: *Titio, si Sejam uxorem duxerit, heres meus centum dato*, si quidem Seja moriatur, defectus conditione intelligitur; ut, si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte ejus conditio defecisse intelligitur; utroque autem vivente, si quidem ipse nolit uxorem ducere, quia ipsius facto conditio deficit, nihil ex legato consequitur, muliere autem nolente nubere, quum ipse paratus esset, legatum ei debetur". Hier werden nämlich nur die allgemeinen Regeln über gemischte Bedingungen angewandt, da nur das Legat, nicht aber auch die Freiheitsertheilung an eine Bedingung geknüpft war. Diese ist: die Vermächtnißnehmer sollen einander heirathen. Stirbt nun einer derselben vor Eröffnung des Testaments (oder, ehe der Antrag gemacht, oder die Weigerung erfolgt ist), so kann auch der Ueberlebende das Vermächtniß nicht erhalten; weigert sich der Eine, die Bedingung zu erfüllen, so fällt nur sein Anspruch auf das Vermächtniß weg, der Andere dagegen erhält dasselbe [92]).

In Beziehung auf Alimentenvermächtnisse finden wir mehrere Beispiele des Inhalts in den Quellen: so lange (oder: wenn) der Honorirte bei einer bestimmten Person bleiben werde (quoad oder si cum matre, cum liberis u. s. w. moratus esset), sollen ihm die Alimente gewährt werden; in diesen Fällen dauere das Recht auch noch nach dem Tode dessen fort, bei welchem der Hono-

92) Vgl. Sell a. a. O. §. 41.

rirte leben sollte, also, das Vermächtniß bestehe nach wie vor, wenn auch durch einen Zufall die Erfüllung der Auflage unmöglich geworden sei[93]). Es scheint nicht nöthig zu seyn, dies aus dem bekannten favor alimentorum zu erklären, indem ja doch der Testirer eigentlich nur ausdrücken wollte: sollte der Honorirte die genannte Person nicht verlassen, — mithin ist die Bedingung vollständig erfüllt, wenn der Tod das Nichterfüllen derselben unmöglich gemacht hat. Darum leitet denn auch ein neuerer Schriftsteller diese Entscheidungen aus dem vermuthlichen Willen des Testirers ab und folgert hieraus, daß das Prinzip der Entscheidung nicht blos für das legatum annuum und alimentorum, sondern für alle und jede Fälle gelte[94]). Die Richtigkeit dieser Folgerung würde man unbedenklich zugeben müssen, wenn jene Voraussetzung gegründet wäre. Ja man darf allerdings ohne Weiteres annehmen, daß alle Bestimmungen, wonach in besonderen Fällen eine Bedingung für eingetreten zu halten ist, unter der Beschränkung zu verstehen sind: falls sich nicht zeigen läßt, daß der Testirer ein anderes Resultat gewollt habe. — Indessen, wäre jene Ansicht gegründet, so würde sich unter den Stellen, welche von jenem Vermächtnisse handeln, doch wohl wenigstens eine finden, welche den Satz ausdrückte: das Vermächtniß besteht nicht weiter, falls nicht der ausdrückliche oder zu vermuthende Wille des Disponenten ein Anderes mit sich bringt. Allein nirgends ist

93) L. 20. pr. D. *de ann. leg.* (XXXIII. 1). L. 13. §. 1. D. *de alim. vel cibar. leg.* (XXXIV. 1). L. 1. C. *de legat.* (VI. 37).

94) Sell a. a. O. S. 230 fg.

hierauf auch nur hingedeutet; es wird das Factum ganz einfach vorgetragen, und darauf geradezu die Entscheidung gegründet[95]). Ueberdies ist in zweien der angeführten Stellen ein Ausdruck gebraucht, welcher die obige Erklärung (sollte der Honorirte die genannte Person nicht verlassen) schlechthin nicht leidet, sondern nur die: so lange er bei der Person bleiben werde, sollte er das Vermächtniß haben: „*quoad* cum Claudio Justo morati essetis"[96]); schwerlich darf daher der Entscheidungsgrund in etwas Anderem, als in dem favor alimentorum gesucht werden[97]). Unterstützt wird dies auch noch durch eine Entscheidung von Paulus, des Inhalts[98]): es hatte der Testirer seinen Freigelassenen unter der Bedingung: si cum filio ejus morati fuerint Alimente hinterlassen. Die Freigelassenen kommen dieser Bedingung getreulich nach, bis der Sohn stirbt. Der Jurist nun entscheidet, daß den Freigelassenen die Alimente nach wie vor gebühren, falls nicht der Testirer das Gegen-

95) Sell a. a. O. will in den Schlußworten der einen Stelle: secundum ea, quae proponerentur, deberi, eine Hinweisung auf den vermuthlichen Willen des Testirers finden. Allein jene Worte enthalten nur eine Hinweisung auf das Factum; in diesem aber ist nicht etwa auf besondere Umstände und Verhältnisse Bezug genommen, woraus auf die eigentliche Willensmeinung des Testirers geschlossen werden könnte, sondern es wird nur schlechthin gefragt: wenn eine solche Bedingung gestellt ist, dauert alsdann nach dem Tode der genannten Person das Vermächtniß fort?

96) L. 13. §. 1. D. *de alim. leg.* L. 1. C. *de leg.*

97) Vgl. Westphal von Vermächtn. Bd. II. §. 1967.

98) L. 84. D. *de cond. et dem.*

theil beabsichtigt habe. Der Schlußsatz enthält also eine Modification dessen, was regelmäßig angenommen werden soll; wenn man daher das Resultat vielleicht auch so ausdrücken kann: es wird die Absicht des Testirers, daß das Vermächtniß bestehen und fortdauern solle, bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet[99]), so ist es doch ganz unmöglich, die Stelle so zu verstehen: es soll das Vermächtniß nur gelten, soferne sich besondere Gründe für eine hierauf gerichtete Absicht des Testirers anführen lassen.

Auf besonderer Begünstigung religiöser Zwecke beruht übrigens die Vorschrift Justinians, daß eine unter der Bedingung, Kinder zu erzeugen, gemachte testamentarische Zuwendung, giltig bleibt, wenn die Erfüllung der Bedingung darum nicht erfolgt, weil der Honorirte ins Kloster geht, oder sonst ein Keuschheitsgelübde ablegt, und sein Vermögen frommen Zwecken widmen will[100]).

§. 1463.

Insbesondere von der Erfüllungszeit[1]).

Wenn die Frage entsteht: zu welcher Zeit eine Bedingung erfüllt werden könne, oder müsse? so sind folgende Fälle zu unterscheiden:

99) Vgl. *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 34. §. 10.

100) L. 53. §. 2. C. *de episc. et cler.* (I. 3).

1) Hieher zunächst gehört die öfter angeführte Dissertation von *Armin. Ern.* Endemann de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. 8.

I. Es ist hierüber vom Testirer nichts vorgeschrieben. Hier ist zunächst der Inhalt der Bedingung zu berücksichtigen, worüber folgende Stelle eine allgemeine Vorschrift ertheilt[2]): „Conditionum, quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id, quod post mortem ejus futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant, tempus autem vel certum vel infinitum comprehendatur. Quae omnia non minus in fideicommissis quam in institutionibus ac legatis incidere solent, ut haec conditio: *Titiae, si mihi nupserit*, non dubie, nisi vivente testatore; illa autem: *si ad exsequias funeris mei venerit*, nisi post mortem impleri non possit: illa vero: *si filio meo nupserit*, vel vivente, vel mortuo testatore impleri possit. Et prima quidem ac tertia ex relatis conditionibus infinitum tempus habent; quandoque enim nupserit impletur conditio, secunda ad certum tempus adscripta est". Also: bei manchen Bedingungen ergiebt es sich aus ihrem Inhalte ganz von selbst, daß sie vor des Testirers Tode erfüllt werden müssen, nämlich bei allen, zu deren Erfüllung seine Mitwirkung vorausgesetzt wird. Bei anderen ist es unmöglich, daß sie vor dem Tode des Testirers erfüllt werden können, wie eben bei der in der Stelle genannten (si ad exsequias funeris mei venerit), oder bei der ebenfalls öfter erwähnten: si mihi monumentum fecerit. Die dritte Klasse (wohin gewiß die meisten Fälle gehören) umfaßt die Bedingungen, welche vor und nach dem Tode des Testirers in Erfüllung gehen könne[3]),

2) L. 91. D. *de cond. et dem.*

3) Von diesen Bedingungungen konnte der Jurist mit vollem

oder (wie es an einer andern Stelle heißt) wobei der Testirer überhaupt nur einen gewissen Erfolg wollte —: „Haec conditio — talis est, ut, qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit“ [4]). Für die zufälligen und casuellen Bedingungen darf man dies auch als Regel annehmen [5]), für die Potestativbedingungen aber nimmt man gewöhnlich das Gegentheil an. Es sagt nämlich Ulpian [6]): „Conditiones quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore, utputa: *si navis ex Asia venerit*; nam quandoque venerit navis conditioni paritum videtur; quaedam, quae non nisi post mortem testatoris: *si decem dederit, si Capitolium ascenderit*; nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam: *nam si facto fecerit, non videtur obtemperasse conditioni.*“ Und ähnlich heißt es in einer Stelle von Paulus [7]): „Sciendum est, *pro-*

Recht sagen: infinitum tempus habent, oder: die Erfüllungszeit ist hierbei unbestimmt — die Erfüllung ist überhaupt an keine bestimmte Zeit geknüpft. Weniger zu rechtfertigen scheint es, jenen Ausdruck auch auf die Bedingung: si mihi nupserit zu beziehen und derselben die Bedingung: si ad funus meum venerit oder eine *ad certum tempus adscripta* entgegenzusetzen, obgleich man allerdings sagen kann: bei der letzteren ist nur ein einziger Erfüllungsmoment vorhanden, wogegen bei der ersten der ganze Zeitraum bis zum Tode des Erblassers zur Erfüllung bleibt.

4) L. 16. pr. D. *de cond. et demonstr.* — Endemann l. l. §. 13. p. 49. not. 3.

5) S. die in den Noten 2. u. 4. citirten Stellen, auch: L. 36. *eod.* L. 7. C. *de instit. et subst.* (VI. 25). S. auch die folg. Noten.

6) L. 2. D. *de cond. et dem.*

7) L. 11. §. 1. D. *de cond. et dem.*

miscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, ut testamento pareatur (d. h. und auch alsdann gelten sie nur für erfüllt, wenn die Handlung in der bestimmten Absicht erfolgt, der Auflage genügen zu wollen), veluti: *si Capitolium ascenderit*, et similia; non promiscuas etiam vivo testatore existere posse, veluti: *si Titius Consul factus fuerit*". Paulus hat hier nur gewöhnliche, alltägliche Handlungen [8]) vor Augen, wie z. B. einen Spaziergang machen; solche Handlungen werden meistens als Beispiele eigentlicher Potestativbedingungen angeführt, weil hierbei der Begriff eines willkührlichen Handelns viel bestimmter hervortritt, wie bei anderen Auflagen. Ulpian dagegen rechnet auch die conditio dandi zu denen, welche nach dem Tode des Testirers zu erfüllen seien. Freilich erscheint auch hierbei das Willkührliche der Handlung bei weitem als das Vorherrschende, weshalb denn auch unter einer solchen Bedingung ein filius suus eingesetzt werden durfte: aber in anderer Hinsicht wandte man auf die conditio dandi die Grundsätze von zufälligen und vermischten Bedingungen an [9]). Und sollte wiederum nicht eine Potestativbedingung auch vor des Testirers Tode wirksam in Erfüllung gehen können, wenn sie von der Art ist, daß sich annehmen läßt, der Testirer habe auch hier nur den Erfolg gewollt? Gewiß ist daran nicht zu zweifeln, und so ist denn auch anerkannt, daß namentlich die conditio manumittendi nicht gerade

8) Denn das ist die Bedeutung von promiscuum; s. Bd. 36. d. Comment. S. 357. Note 8.

9) L. 94. pr. in f. D. *de cond. et dem.* S. hierüber den vor. §.

erst nach dem Tode des Testirers erfüllt werden durfte[10]. Und so ist denn wohl die Regel auf folgende Art zu fassen: ist etwas zur Bedingung gemacht, was seiner Natur nach von jedem Menschen häufig zu geschehen pflegt, wobei also der Testirer als sich von selbst verstehend voraussetzen muß, daß es auch von dem Honorirten schon geschehen sei und, ehe ihm die Bedingung bekannt wird, ferner noch geschehen werde (— und zu diesen Handlungen gehören allerdings die gewöhnlichen Potestativbedingungen immer), so giebt er durch die Auflage zu erkennen, daß der Honorirte seinen ernstlichen Willen, der Bedingung zu genügen, an den Tag legen solle, nachdem ihm dieselbe durch Eröffnung des Testaments bekannt geworden ist.

Wenn nun also bei allen anderen Bedingungen es genügt, daß die Erfüllung vor dem Tode des Erblassers erfolgt, so entsteht doch wieder die Frage: ob das von der Bedingung abhängig gemachte Recht auch alsdann eintritt, wenn die Bedingung schon vor der Testamentserrichtung erfüllt war? Hier ist zuvörderst ein Unter-

10) L. 8 §. 7. D. *h. t.* „Mortuo, *vel manumisso Sticho vivo testatore*, qui ita institutus est, *si jurasset, se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione*". Abgesehen von der Ungiltigkeit der conditio jurisjurandi (worauf hier nichts ankommt) wird es ganz allgemein für hinreichend erklärt, daß die zu beschwörende Handlung zu irgend einem Zeitpunct in Erfüllung gegangen war. — Vgl. auch L. 52. §. 2. D. *de leg.* I. Endemann l. l. p. 52.

schied zu machen, ob der Testirer dies wußte, oder nicht. Im letzteren Falle genügt es, daß der von ihm gewollte Erfolg überhaupt eingetreten ist, ob vor oder nach dem Testament, ist dabei gleichgiltig [11]). Weiß aber der Testirer, daß das bereits geschehen ist, worauf die Auflage gestellt war, so ist wohl unbedenklich als Absicht desselben anzunehmen, daß ein Ereigniß der Art künftig noch einmal eintreten müsse; z. B. wenn einer Frau unter der Bedingung, daß sie Kinder erhalten würde, etwas zugewandt ist, und sie bereits Kinder hat [12]). Wie nun aber, wenn der Erfolg überhaupt nur einmal möglich ist? z. B. es ist Jemand unter der Bedingung des Eintritts seiner Mündigkeit honorirt, er war aber zur Zeit der Testamentserrichtung bereits mündig. In der (Note 11) angeführten Stelle von Ulpian wird auch dieser Fall erwähnt, aber in Verbindung mit der Voraussetzung, wenn dem Testirer die Erfüllung unbekannt geblieben sei, und also entschieden: die Bedingung gelte für erfüllt („et si cui legatum est: *quum pubes est*, simili modo hoc erit dicendum"). Daraus aber per argumentum a contrario folgern zu wollen, daß bei der Kenntniß des Testirers von dem bereits erfolgten Eintritt der Mündigkeit das Gegentheil angenommen werden müsse, wäre schon an sich sehr bedenklich. Wir haben aber überdies eine Stelle von Paulus, woraus sich mit großer Bestimmtheit ein zu einem anderen Resultat führendes ar-

11) L. 10 §. 1. D. *de cond. et dem.* (S. oben S. 64. 65. dieses Bandes).

12) L. 9. D. *eod.* — Hier ist die Rede von einem der eignen Gattin unter jener Bedingung zugewandten Vermächtniß, wo also die Kenntniß des Testirers nicht bezweifelt werden durfte.

gumentum a contrario gründen läßt: „Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator, *quae iterum fieri possunt expectentur ut fiant*, si vero nesciat, praesenti (die) debeantur“ 13). Also: wenn der Testirer weiß, daß der von ihm als Bedingung gesetzte Erfolg schon eingetreten ist, und der Fall von der Art ist, daß das bedingende Ereigniß wiederholt eintreten kann, so muß dies abgewartet werden; hieraus folgt also: sonst gilt die Verfügung als unbedingte. Hierin sind unsere Juristen auch einverstanden; nur über den Grund nicht, indem Einige sagen: die Bedingung gilt alsdann für erfüllt, Andere, sie ist als unmögliche Bedingung pro non scripta zu achten 14). Im practischen Resultat macht dies keinen Unterschied; nur ist dies Resultat allerdings noch ein viel unzweifelhafteres, wenn man hier die Grundsätze von unmöglichen Bedingungen anwendet, obwohl man sich schwer überzeugen kann, wenn man die Stellen (L. 10. in f. und L. 11. pr. cit.) im Zusammenhange lies't, daß dies auch die Ansicht der Röm. Juristen gewesen sei. — In den Fällen also, wo das bedingende Ereigniß mehrmals möglich ist und der Testirer weiß, daß dasselbe bereits eingetreten ist, muß es wiederholt eintreten; dies gilt selbst für die Bedingung *si nupserit*, wenn der Honorirte bereits verheirathet und dies dem Testirer bekannt ist 15). Erwägt man, wie wenig begünstigt auch im Röm.

13) L. 11. pr. *eod.*

14) Vgl. *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 32. §. 26. Averanius int. jur. Lib. III. c. 28. nr. 1—5. Endemann l. l. p. 27. sqq. §. 15.

15) Denn sonst gilt auch hier die Bedingung für erfüllt: L. 45. §. 2. D. *de leg.* II. Averanius l. l. nr. 4.

Recht die Trennung einer bestehenden Ehe war, weshalb denn auch die Bedingung, sich von seinem Ehegatten zu scheiden, für eine rechtlich unzulässige erklärt und darum pro non scripta erachtet wurde [16]), so scheint auch die Ungiltigkeit solcher Bedingungen angenommen werden zu müssen, wodurch wenigstens indirect ein Ereigniß herbeigeführt werden kann, was man nicht zur Bedingung machen darf. Indessen wird hier die gewöhnliche Regel angewandt: „**Si ita legatum esset:** ***quum nupserit***, **si nupta fuerit, et hoc testator sciisset,** ***alterum matrimonium erit exspectandum***; **nihilque intererit, utrum vivo testatore an post mortem ea iterum nupserit**" [17]).

Fragen wir nun: binnen welcher Zeit die nach des Testirers Tode zu erfüllenden Bedingungen in Erfüllung gehen müssen, wenn darüber im Testament nichts vorgeschrieben ist? so würde die darauf zu gebende Antwort wohl am natürlichsten so lauten: es muß die Erfüllung abgewartet werden, so lange sie noch möglich ist. Ehe sie erfolgt, kann das davon abhängige Recht nicht wirklich werden; der bedingt Berechtigte kann sich aber auch darauf berufen, daß eben, weil ihm keine Zeit vorgeschrieben ist, er von seinem Rechte nicht eher ausgeschlossen werde, bis es sich ausgewiesen hat, daß die Bedingung verwirkt oder ihre Erfüllung unmöglich geworden sei; weshalb denn also bei letztwilligen Verfügungen, wenn die Bedingung nicht schon früher defizirt, der Tod

16) **L. 8. §. 1. D.** ***de usu et habit.*** **(VII. 8). L. 5. C.** ***de instit. et subst.*** **(VI. 25).** — Sell a. a. O. §. 47.

17) **L. 68. D.** ***de cond. et dem.*** — S. auch **L. 45. §. 2. in f.** ***de leg.*** **2. („Si enim hoc pater non ignorabat, videtur de aliis nuptiis sensisse").**

des Honorirten abgewartet werden müßte, indem bis dahin die Erfüllung immer noch möglich ist, wenn alsdann aber die Bedingung noch schwebt, das Recht jedenfalls wegfällt[18]. Indessen kann dies nicht ohne alle Beschränkung gelten, und folgende Einschränkungen erscheinen eben so natürlich, wie die Regel selbst. 1) Erbschaftsgläubigern darf nicht zugemuthet werden, daß sie die Geltendmachung ihrer Ansprüche bis dahin verschieben, wo es sich zeigt, ob der eingesetzte Erbe die Erbschaft behalten, oder dieselbe einem Anderen zufallen werde. Erhalten sie daher ihre Befriedigung nicht von dem bedingt Eingesetzten, so sind sie berechtigt concursmäßige Einleitungen zu treffen, und es kann sich in diesem Falle der Erbe gewiß nicht für beschwert erachten, wenn der Richter, ehe er den Anträgen der Gläubiger deferirt, noch einen Erfüllungstermin setzt. 2) Ist aber vollends die Bedingung von der Art, daß die Erfüllung lediglich von dem Willen des Honorirten abhängt, so ist es billig, daß nicht nur die Gläubiger, sondern auch Andere, welche bei der Erfüllung oder Nichterfüllung ein rechtliches Interesse haben, die baldmöglichste Vornahme der Handlung verlangen können, damit ihr Recht nicht der Willkühr des Honorirten Preis gegeben werde. Zu diesen Bedingungen gehören nun alle reinen Potestativbedingungen (z. B. si Capitolium ascenderit); aber auch die conditio dandi ist dahin zu rechnen, indem, so lange die Erfüllung dieser Bedingung überhaupt noch möglich (nicht durch einen Zufall vereitelt) ist, die Erfüllung ohne allen Aufschub geschehen kann. — Diese

18) L. ult. D. *h. t.* L. un. §. 7. C. *de cad. toll.* (VI. 51).

Grundsätze nun finden wir auch in unseren Quellen anerkannt. — Aus unzähligen Stellen geht hervor, daß das Recht dessen, welchem durch die Nichterfüllung ein Urtheil zuwächst, erst beginnt, wenn die Bedingung defizirt, oder der bedingt Berechtigte vor der Erfüllung stirbt [19]). Und ganz allgemein äussert sich darüber Justinian in folgender Stelle [20]): „Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat, vel sub incerto die: *exspectari oportere conditionis eventum*, *sub qua fuerit derelictum*, *vel diem*, ut tunc cedat, quum vel conditio impleatur, vel dies incertus exstiterit". Allein eben so bestimmt wird auch anerkannt, daß unter Umständen eine Frist bestimmt werde, binnen welcher der Ausgang sich entschieden haben müsse, und wohl gar ein Zwang zur Erfüllung Statt finde [21]). Endlich finden wir den Unterschied zwischen Bedingungen, deren sofortige Erfüllung in der Macht des Honorirten steht, und anderer, sehr wesentlich berücksichtigt. So sagt Julian [22]): „Haec conditio: *si in Capitolium ascenderit*, sic recipienda est, si quum primum potuerit Capitolium ascenderit" [23]). Und ein ähnlicher Gedanke liegt folgender Aeuß-

19) S. z. B. L. 4. §. 2. L. 5. D. *de hered. inst.* L. ult. D. *h. t.*

20) L. un. §. 7. C. *de cad. toll.*

21) L. 23. §. 1—4. D. *de heredib. inst.* L. 1. D. *de cur. bon. dando* (XLII. 7). L. 63. §. 7. 8. L. 64. §. 1. D. *ad Senatusconsult. Treb.* (XXXVI. 1).

22) L. 29. D. *de cond. et dem.*

23) Cujacius (ad h. l. und ad L. 23. D. *de heredib.*

serung von Paulus[24]) zu Grunde: „Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur", d. h. Wer in der Lage ist, eine ihm auferlegte Bedingung erfüllen zu können, der muß sofort (*jam*, für *statim*, *illico*) erfüllen[25]). Ist dies nun aber so zu verstehen, daß die Bedingung stets und von selbst defizirt, wenn nicht der Honorirte die erste beste Gelegenheit zur Erfüllung benutzt, seitdem ihm die Auflage bekannt geworden ist? Schwerlich. Nicht nur würde ein solcher Rechtssatz kaum auszuführen seyn und jedenfalls schwer zu beseitigende Zweifel und Streitigkeiten herbeiführen, sondern auch der rechtlichen Analogie widersprechen. Wer unter einer Bedingung eingesetzt ist, deren Erfüllung von seinem Willen abhängt, Der ist dem Schuldner zu vergleichen, von Welchem zu jeder Zeit Zahlungsleistung verlangt werden darf. War ihm kein bestimmter Erfüllungstermin gesetzt, so muß erst eine Erinnerung (Mahnung) vorangehen, und nur wenn er diese unbeachtet läßt, ist er in mora. Es liegt gewiß nicht allzuferne, dies auch auf die zur Frage stehenden

inst.), von der richtigen Idee ausgehend, daß nicht schon der bloße Ablauf des Zeitpuncts, wo eine Erfüllung der Bedingung möglich war, ein Defiziren derselben zur Folge haben könne, will hier lesen: Si in Capitolium *non* ascenderit. Indessen die Willkührlichkeit und Unnöthigkeit dieser Aenderung ist schon längst gründlich dargethan, so von Merillius obs. ad Cuj. Lib. III. c. 31. und *J.* Gothofredus ad L. 174. pr. D. *de reg. jur.* (opp. mir. p. 1170. sq.) Endemann l. l. p. 115. not. 3.

24) L. 174. pr. D. *de reg. jur.*

25) *J.* Gothofr. ad h. l. opp. p. 1169. sq. Schulting ad h. l. in not. ad Dig. T. VII. P. II. p. 887.

Fälle anzuwenden[26]. Indessen nimmt man sehr gewöhnlich an, daß die Regel der **L. 29.** cit. überhaupt nicht auf Erbeinsetzungen, sondern nur auf Vermächtnisse gehe[27]. Ein befriedigender innerer Grund dieser Verschiedenheit wird schwerlich angegeben werden können[28]. Denn es handelt sich hier nur darum, daß nicht durch Eigensinn oder wohl gar Chicane die Entscheidung ungebührlich verzögert werde. Befürchtet etwa der Erbe, sich mit einer insolventen Erbschaft zu belasten[29], so kann er sich ein spatium deliberandi erbitten (was schon das ältere Recht gestattet), oder sich durch Errichtung eines Inventars sicher stellen[30]; ein weiter gehendes Recht läßt sich aus jenem Grunde nicht herleiten. Und

26) Auch von Endemann (welcher übrigens die nachher zu erwähnende Meinung vertheidigt, daß die Regel der L. 29. cit. nur auf Vermächtnißnehmer, nicht auf Erben anzuwenden sei) geschieht dies, und zwar mit Berufung auf **L. 1. §. 8. D.** *ad Leg. Falcid.* (**XXXV. 2**), welche freilich von einem Falle spricht, wo die zu erfüllende Bedingung als rein obligatorische Leistungsverbindlichkeit erscheint. Dem Erben war auferlegt, wenn er ein bestimmtes Object nicht gebe, so habe er dem Vermächtnißnehmer eine Geldsumme zu zahlen. Da heißt es denn: die zur Bedingung gestellte Leistung müsse in continenti erfolgen, quod — ita accipiendum: *cum aliquo spatio*".

27) So *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 33. §. 17. 18. Averanius int. jur. Lib. IV. c. 28. §. 9. 10. Endemann l. l. §. 20.

28) Wie dies mit Recht schon bemerkt ist von Voet comm. ad Pand. *h. t.* §. 27.

29) Diesen Grund führen Donellus u. Averanius an.

30) **L. 1. §. 1. D.** *de jure delib.* (**XXVIII. 8**). **L. ult. C.** *eod.* (**VI. 30**).

daß zwischen dem Erben und dem Vermächtnißnehmer ein Obligationsverhältniß besteht[31]), kann an und für sich nur eine Forderung wider den begründen, der dem Andern etwas zu leisten hat, ein Zwangsrecht aber wider den Letzteren, daß dieser das erfülle, wovon sein Recht abhängt, ergiebt sich daraus keineswegs; wenn dennoch unter gewissen Umständen der Erbe darauf antragen darf, daß der Legatar, falls er nicht ungesäumt die Erfüllungshandlung vornähm, seines Rechts für verlustig erklärt werde, so ist dies völlig unabhängig von dem zwischen ihnen bestehenden Obligationsverhältnisse.

Zwar beruft man sich auch auf Stellen, worin es anerkannt sei, daß, wenn ein Erbe unter einer Potestativbedingung eingesetzt sei, die an seine Stelle tretenden Substituten oder Intestaterben den Ausgang ruhig abwarten müßten, und, wenn die Bedingung nicht schon früher defizirt, erst durch seinen Tod berechtigt werden, die Erbschaft anzutreten[32]). Indessen sprechen diese Stellen nur von dem unter einer solchen Bedingung eingesetzten filius suus; denn wenn man auch den in der letzten Stelle vorkommenden Satz: „argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est: quendam enim refert ita heredem institutum, *si in Capitolium ascenderit*; *quodsi non ascendisset*, legatum ei datum, eumque antequam ascenderet mortem obiisse; de quo respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse“, — wenn man diesen Satz auch nicht gerade auf

31) Diesen Grund giebt an Endemann l. l. p. 119.

32) L. 4. §. 2. L. 5. D. *de hered. inst.* L. ult. D. *h. t.* (Vgl. über diese Stellen Bd. 36. d. Comment. S. 370—377).

einen filius suus beziehen darf, so konnte hier nach dem Inhalte der Anordnung das gewöhnliche Recht der Potestativbedingungen nicht eintreten, indem durch die Bestimmung: quodsi non ascenderit legatum esto der endliche Erfolg auf ähnliche Weise suspendirt ist, wie wenn die Anordnung überhaupt unter einer negativen Potestativbedingung erfolgt wäre (s. den folg. §.). Daß nun aber für den unter einer Potestativbedingung eingesetzten Sohn auch in der hier zur Frage stehenden Beziehung nicht ganz dasselbe Recht gelte, wie für andere Erben, wird man schwerlich auffallend finden; Gläubigern gegenüber kann natürlich auch der Sohn dies Recht nicht geltend machen. Auf der anderen Seite dagegen ist die Meinung nicht zu billigen, daß in Beziehung auf die Frage: wann die Bedingung zu erfüllen sei? ein Unterschied zwischen potestativen und anderen Bedingungen überall nicht bestehe. Diese Meinung vertheidigt Voet[33]), welcher für den Fall, daß man in der L. 29. cit. nicht etwa mit Cujacius lesen wolle: *non* ascenderit (Note 23) folgende Erklärung vorschlägt: bekanntlich werde alsdann, wenn die Erfüllung einer Potestativbedingung durch einen Anderen gehindert werde, das Recht nicht gerade immer sofort mit dem Moment des eingetretenen Hindernisses, sondern erst mit dem Zeitpunct wirklich, wo die auferlegte Handlung vollständig hätte geschehen seyn können[34]). Hiernach soll also Julians Aeusserung in der L. 29. cit. so verstanden werden müssen: wenn Jemandem ein

33) Pand. *h. t.* §. 27.

34) Z. B. es ist einem Sclaven unter der Bedingung, gewisse Arbeiten zu leisten, oder Rechnung abzulegen, die Freiheit vermacht, der Erbe verweigert aber die Annahme: L. 20. §. 5. L. 34. §. 1. D. *de statu lib.* (XL. 7).

Vermächtniß unter der Bedingung, **si Capitolium ascenderit,** auferlegt ist, so bekommt er dasselbe nicht etwa sofort beim Eintritt des hindernden Ereignisses, sondern erst, wenn ohne das Hinderniß die Handlung hätte von ihm vorgenommen werden können! Das Willkührliche dieser Erklärung ist zu einleuchtend, als um darüber noch ein Wort verlieren zu dürfen.

Die in der **L. 29.** enthaltene Bestimmung ist daher auf Erbeinsetzungen in der Regel eben sowohl zu beziehen, als auf Vermächtnisse, aber überhaupt nicht so zu verstehen, daß das Recht stets verwirkt sei, wenn der Honorirte den ersten zur Erfüllung möglichen Zeitpunct verfließen läßt, sondern nur unter der Voraussetzung, daß dieserhalb bereits eine gehörige Aufforderung an ihn ergangen ist. Auch hierüber wird natürlich eine richterliche Bestimmung eintreten, ja zweckmäßig eine solche veranlaßt werden können[35]), und stellen sich dabei alsdann folgende, auch durch die Quellen bestätigte, Verschiedenheiten heraus: Drängen die Gläubiger auf Zahlung, so kommt in Beziehung auf die Möglichkeit einer richterlichen Bestimmung, daß sich binnen einer gewissen Zeit die Sache entschieden haben müsse, der Unterschied zwischen potestativen und anderen Bedingungen nicht in Betracht, jedoch kann bei den rein potestativen und den diesen hier gleichgestellten Bedingungen (namentlich: **conditio dandi**) eine viel kürzere Frist bestimmt werden; dies folgt von selbst aus der **L. 29. cit.,** Inhalts deren denn auch die Bestimmung so gefaßt werden kann, daß bald thunlichst, oder: sobald die Handlung möglich

35) Vgl. Merillius Variant. ex Cujac. III. 31. Schulting in not. ad L. 29. D. *de cond. et dem.* T. V. p. 501.

ist, der Auflage genügt werde. Dafür spricht aber auch die folgende Stelle[36]: „Si quis sub conditione heres institutus est, *cogendus est conditioni parere, si potest* — —. Quodsi nihil facere potest, curator bonis constituendus erit, aut bona vendenda". — Ausserdem aber sind bei einer Potestativbedingung in der Regel (denn s. Note 32) Alle, die ein Interesse bei dem Ausgang haben, zu dem Antrag berechtigt, daß dem Honorirten eine Frist zur Erfüllung gesetzt werde, bei anderen Bedingungen aber nur die Gläubiger. Einen, wenn gleich nur indirecten Beleg hiefür enthält eine Stelle von Pomponius[37]: „Sed si bonorum possessionem non admittat (heres), sed conditionem trahat, *cui facile parere possit*, veluti, si servum, quem in potestate habeat, manumiserit, nec manumittat, hic Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas". (Also in diesem Falle ist ein Interventionsrecht des Prätors stets zulässig, mögen Gläubiger es veranlassen, oder andere Interessenten. Bei Bedingungen anderer Art aber nur, wenn Gläubiger andrängen, wie sich aus der folgenden Aeusserung ergiebt) „Item, *si conditioni heres parere non poterit, quam in sua potestate non habet*, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum, *si ille*, puta, *Consul factus fuerit:* tunc *postulantibus creditoribus constituet* Praetor, nisi intra certum tempus hereditas obtigerit, aditaque fuerit, se bona defuncti creditori-

36) L. 1. pr. §. 1. D. *de cur. bonis. dando.* (XLII. 7).

37) L. 23. §. 1. u. 2. D. *de hered. inst.*

bus possidere jussurum" —. Es versteht sich übrigens, daß auch bei Potestativbedingungen, wenn der Richter eine bestimmte Zeit zu ihrer Erfüllung vorschreibt, der besondere Inhalt der Bedingung zu berücksichtigen ist. So gehört die conditio rationum reddendarum, ferner die Auflage, eine Reise zu unternehmen, zu den Potestativbedingungen; aber daß hiefür eine längere Zeit vorgeschrieben werden muß, als für die gewöhnlicheren Bedingungen dieser Art (promiscuae conditiones), bedarf kaum der Bemerkung[38]). Und hängt von der Nichterfüllung einer Potestativbedingung die Verbindlichkeit ab, einem Dritten etwas zu geben oder zu leisten, so soll dieser auf die Leistung klagen können, wenn die Erfüllung möglich gewesen, aber unterblieben ist (s. Note 39). Indessen kommt auch hierbei wieder Inhalt und Fassung der Disposition in Betracht[39]). Zuvörderst wird unter-

38) Daß überhaupt hierbei stets die individuellen Umstände und Verhältnisse zu berücksichtigen sind, wird namentlich in folgender Stelle anerkannt: „*Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto.* (So lautete die Bedingung) —. Sed non tam continuum tempus exigendum est, ut praecipitari cogatur heres, vel ex peregrinatione celerius reverti ad manumittendum, vel administrationem rerum necessariam intermittere; nec rursus tam longum, ut, quamdiu vivat, protrahatur manumissio, sed modicum: *quo primum possit sine magno incommodo suo heres manumittere*" —; L. 20. §. 6. D. *de statu liberis.*

39) Ein Beispiel enthält die L. 115. §. 2. D. *de V. O.* (XLV. 1). Die Stipulation: „si Pamphilum non dederis, centum dare spondes"? erklärte Pegasus so: der Gläubiger könne die Geldsumme nicht eher fordern,

schieden: entweder war auch das bedingende factum Gegenstand des Forderungsrechts (in petitione), oder nicht. Im ersteren Falle kann gleich nach eingetretener Säum-

bis es feststehe, daß der Schuldner den Sclaven nicht leisten werde oder könne. Sabinus dagegen meinte: die Absicht der Contrahenten sei doch wohl darauf gerichtet gewesen, daß das Forderungsrecht auf die Geldsumme schon eintrete, wenn es feststehe, daß der Verpflichtete durch nichts an der hauptsächlichen Leistung verhindert war, seiner Verbindlichkeit aber nicht nachgekommen sei. Er erläutert dies durch das (auch sonst von den römischen Juristen öfter erwähnte) Beispiel: heres meus penum dato; si non dederit decem dato. „Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit; idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem, et ipsius rei naturam". Papinian (der Verf. unserer Stelle) fügt nun hinzu: „Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione coepit, veluti: *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* sed ita concepta sit stipulatio: *Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dare spondes?*" Papinian wollte damit sagen: im ersteren Falle ist der Pamphilus überhaupt kein Gegenstand des Forderungsrechts (non est in petitione), und darum soll es weniger streng mit der Verbindlichkeit genommen werden, wie in dem zweiten. S. CUJACIUS comment. ad Tit. D. *de Verb. obl.* h. l. In dieser Hinsicht ist denn das Beispiel von der penus legata ganz passend (was *Marq.* FREHERUS Verisimil. Lib. II. c. 28. in OTTON. thes. T. I. p. 945 sq. nicht anerkennen will); wenn gleich im Uebrigen noch Verschiedenheiten zwischen vertragsmäßigen und testamentarischen Obligationen Statt finden können, nämlich in Beziehung auf die Fragen: kann Beides gefordert werden? (L. 115. §. 2.

niß die von der Nichterfüllung abhängige Leistung geltend gemacht werden; im letzteren (z. B. wenn es heißt: **Heres, nisi fundum dederit centum dato**) kann nur dies gefordert werden (**pecunia tantum in** ***petitione*** **est**), bis zur Litiscontestation ist aber der Verpflichtete berechtigt, durch Leistung Dessen, was in der Bedingung ausgedrückt ist, sich von der Forderung zu befreien (**fundus in praestatione est**)[40]. Aber auch in jenem Falle wird nicht sofort mit dem Moment der Nichterfüllung des in der Bedingung bestimmten Factum das Recht zur Vornahme desselben verwirkt, es wäre denn, daß der Testirer dies ausdrücklich also bestimmt, oder sich einer Wendung bedient hätte, woraus sich seine Absicht deutlich zu Tage legt, daß die Verwirkung jedenfalls mit dem Moment der (verschuldeten) Nichterfüllung eintreten solle, was denn eben so viel gelten muß, als wenn er geradezu eine Zeit bestimmt hätte; sonst ist das Recht erst verwirkt, wenn die Bedingung der s. g. **mora ex persona** (vergebliche Interpellation) vorhanden ist. Daß hierüber manche Streitigkeiten unter den classischen Juristen vorhanden waren, ergiebt sich ganz deutlich aus den betreffenden Stellen; als die in der Compilation gebilligte Ansicht läßt sich aber die hier vorgetragene betrachten[41]. —

in f. *de V. O.*), so wie: ist auch von dem zuerst genannten Leistungsobject die Falcidia abzuziehen? **L. 1. §. 8. D.** ***ad Leg. Falcid.*** — Vgl. Westphal von Vermächtn. Bd. **II.** §. 1298.

40) **L. 1. D.** ***de penu leg.*** **(XXXIII. 9). L. 24. D.** ***quando dies leg. condit.*** **(XXXVI. 2).**

41) Daß Sabinus (s. Note 39) hier das Prinzip: jede versäumte Nichterfüllung begründet sofort einen unbedingten Anspruch auf das zweite Object, buchstäblich nahm, er-

Uebrigens giebt es auch einen Fall, in welchem von der Erfüllung einer Bedingung ein Recht für einen Dritten abhängt und darum dieser die Erfüllung, wenn sie ohne Schwierigkeit geschehen kann, mittelst Klage fordern darf: wenn nämlich ein Fiduciarerbe unter einer solchen Bedingung eingesetzt ist. So wie nämlich der fideicommissarische Erbe überhaupt auf Antretung und Restitution klagen kann, so darf er auch die Erfüllung der Bedingung von dem Fiduciarius fordern und dieser Zwang gilt auch selbst gegen den **suus heres**[42]).

II. Der Testirer hat eine Erfüllungszeit vorgeschrieben[43]). Es kann dies auf mehr als eine Art geschehen, insonderheit so, daß an bestimmten Tagen, oder innerhalb eines gewissen Zeitraums etwas geschehe. Die Wirkung ist allemal gleich, nämlich, wenn die Erfüllung nicht vorschriftsmäßig erfolgt, so fällt das daran geknüpfte Recht weg, falls nicht der bei der Nichterfüllung Interessirte, oder bei reinen Potestativbedingungen ein bloßer Zufall die Erfüllung hinderte[44]). Indessen sind hierbei

giebt sich aus der L. 115. §. 2. *de V. O.* Allein Papinian nimmt ja die Meinung des Sabinus überhaupt nicht ohne Modification an; wogegen Ulpian die im Texte vorgetragene Ansicht ganz bestimmt ausspricht: L. 1. §. 8. D. *ad Leg. Falcid.* (s. oben Note 26), u. L. 1. D. *de penu leg.*, wo auch darauf sehr deutlich hingewiesen ist, daß die Absicht des Testirers hierbei besonders zu berücksichtigen sei: „nisi forte aliud tempus, vel *mente*, vel verbis, testator praestituit“.

42) L. 63. §. 7. 8. L. 64. §. 1. D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI. 1). Vgl. Endemann l. l. p. 110. sq.

43) Vgl. überhaupt Endemann l. l. §. 15—18. p. 61—101.

44) L. 23. pr. D. *de stat. lib.* (XL. 7). L. 41. §. 12. D. *de fideic. lib.* (XL. 5). Bei der letzten Stelle ist

doch noch einige besondere Fragen kürzlich zu beantworten. Erstlich: Wenn die Erfüllung der Bedingung vor der bestimmten Zeit erfolgt, oder aber auf eine Art unmöglich geworden ist, wonach sie für erfüllt gilt: kann alsdann der Berechtigte sofort die Erfüllung fordern, oder muß er den vom Testirer gesetzten Zeitpunct abwarten?[45]) Man muß hier unterscheiden: 1) es war ein Tag bestimmt, an welchem die Erfüllung geschehen sollte. Hier darf sie früher überall nicht erfolgen, wird aber die Erfüllung vor Eintritt des Tags gehindert (z. B. durch den Tod dessen, dem zu erfüllen war), so muß der festgesetzte Zeitpunct jedenfalls abgewartet werden; denn mehr Recht kann der bedingt Berechtigte in dem Falle nicht erhalten, wo zu seinen Gunsten eine nicht eingetretene Bedingung für eingetreten gilt, als wenn er wirklich erfüllt, oder (wie bei einer anderen Gelegenheit Papinian sagt): tantum enim beneficio legis — concessum esse — intelligendum est, quantum haberet (nämlich is, ad quem jus pertinet), si conditioni paruisset"[46]). 2) Auf gleiche Weise ist zu entscheiden, wenn zwar ein

ein Hinderniß aus der Person des bei der Nichterfüllung Interessirten vorauszusetzen. Vgl. oben S. 312 fgg. und Endemann l. l. §. 15., welcher hier aber zu keinen durchaus sicheren Resultaten gelangen kann, weil er eines Theils die Potestativbedingungen von den gemischten, und anderen Theils die Fälle, wo die Erfüllung beim Leben des Testirers geschehen kann, und diejenigen, wo sie nach dessen Tode erfolgen muß, nicht genau unterscheidet.

45) Endemann l. l. §. 16. Vgl. damit Averanius interpr. II. c. 21.

46) L. 74. D. *de cond. et dem.* Vgl. Endemann l. l. p. 77.

Zeitraum bestimmt ist, binnen welchem erfüllt werden soll, aber zugleich ein fester Solutionstermin, ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet ist[47]). 3) Wenn dagegen überhaupt nur ein terminus intra quem zur Erfüllung der Bedingung gesetzt ist, so wird sowohl bei früherer Erfüllung, als auch wenn vor Ablauf des Termins die Bedingung für erfüllt zu halten ist, sofort das Recht wirksam[48]).

Eine zweite Frage ist: von welchem Zeitpunct an läuft die Bedingungsfrist, wenn darüber nichts Näheres im Testamente bestimmt ist? Man pflegt hierbei gewöhnlich die oben dargestellte Unterscheidung, zwischen Bedingungen, die schon vor dem Tode des Testirers eintreten können (oder wohl gar müssen) und denen, welche erst nach dem Tode des Testirers zu erfüllen sind, zu Grunde zu legen. Hiernach soll denn bei den zufälligen (in der Regel also auch bei den gemischten) Bedingungen die Zeit von Errichtung des Testaments angerechnet werden, bei den übrigen (also den potestativen und den in dieser Hinsicht jenen gleichgestellten gemischten, wie conditio dandi) von der Zeit, wo der Testirer mit Tode abgeht, einen Fall abgerechnet, in welchem nach ausdrücklicher Bestimmung der Quellen, der festgesetzte Termin ab adita hereditate läuft[49]). Da (abgesehen von dem zuletzt erwähnten Fall) die Quellen uns hier so gut wie ganz

47) Arg. L. 18. §. 1. D. *de alim. leg.* (XXXIV. 1). L. 72. §. 5. in f. D. *de cond. et dem.* L. 5. C. *quando dies leg.* (VI. 51).

48) Arg. L. 41. §. 2. D. *de manumiss. test.* (XL. 4). Endemann l. l. p. 78. sq.

49) Endemann l. l. §. 17.

verlassen, so ist die Sache in Gemäßheit allgemeiner und analogisch anzuwendender Rechtsgrundsätze zu bestimmen. Diesemnach kann man allerdings die Anwendung des obigen Unterschiedes in der Art zugeben, daß man sagt: bei Bedingungen der ersteren Art darf als Absicht des Testirers angenommen werden, daß das Recht eintreten soll, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, gleichviel, ob der Wille des Honorirten, der testamentarischen Auflage genügen zu wollen, sich dabei kund giebt, oder nicht; es ist zwar die Beschrärkung hinzugefügt, daß die Erfüllung binnen einer bestimmten Zeit erfolgen solle, allein dies kann doch nur den Sinn haben: später wird sie nicht mehr zugelassen. Bedingungen der letzteren Art dagegen müssen nach dem Tode des Testirers erfüllt werden, folglich kann die Zeit auch früher nicht anfangen zu laufen. Aber weiter zu gehen, und bei den non promiscuae conditiones mit dem errichteten Testamente den terminus a quo beginnen zu lassen, ist gewiß weder natürlich, noch der juristischen Analogie entsprechend. Als Regel ist wohl allemal anzunehmen, daß der Testirer, wenn er ein künftiges Ereigniß erwähnt, als die Bedingung oder den Zeitpunct, wovon für einen Honorirten Rechte abhängen sollen, dabei an die Zeit nach seinem Tode, oder sich selber als bereits entschlafen denkt. Auch wird dies ausdrücklich in der Definition anerkannt, welche sich in unseren Quellen über den Begriff eines Testaments findet: „Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit“ [50]. In der Regel wird daher immer erst mit dem Tode des Erblassers der Lauf einer solchen Frist be-

50) L. 1. D. *qui test. fac. poss.* (XXVIII. 1).

ginnen können, mögen die Bedingungen seyn, von welcher Art sie wollen. Ein späterer Termin, nämlich die Zeit der Erbschaftsantretung, soll alsdann angenommen werden, wenn ein Vermächtniß unter der Bedingung angeordnet ist, dem Erben etwas zu geben; denn (wie Paulus sagt): „absurdum visum est, ante diem praeterire, quam is existeret, quem oportet accipere“ [51]). Auch wird es in dem Falle, wenn zwar die Frist nach ausdrücklicher Bestimmung des Testaments, mit dem Tode des Erblassers beginnen soll, der Erbe aber die Antretung so lange verzögert, daß darüber die ganze Frist abläuft, für genügend gehalten, wenn die Erfüllung innerhalb der festgesetzten Zeit von der Erbschaftsantretung angerechnet geschieht [52]).

Verschieden hiervon ist noch **die** Frage: von welchem Tagsmoment oder Tage die Frist beginne und mit welcher sie aufhöre? Z. B. es heißt im Testamente: innerhalb hundert Tagen (nach des Testirers Tode u. s. w.) solle etwas geschehen. In den Quellen finden wir auch hierüber keine direct anwendbaren Bestimmungen [53]). Freilich scheint als Regel angenommen zu seyn, daß, wenn nicht Civilcomputation ausdrücklich anerkannt ist, a momento ad momentum gerechnet werden müsse [54]). Allein

51) L. 46. D. *de cond. et dem.* ENDEMANN p. 88.

52) Arg. L. 3. §. 11. L. 28. D. *de statu liber.* (XL. 7). L. 3. §. 31. 32. D. *ad Sct. Silan.* (XXIX. 5).

53) Zu vgl. sind hierbei die Schriften über Zeitberechnung, besonders die in **meinem** Lehrb. der Pand. §. 87. bei Gelegenheit der Lehre vom Civil- u. Naturalcomputation angeführten.

54) L. 3. §. 3 D. *de min.* (IV. 4). L. 6. D. *de O. et A.* (XLIV. 7). L. 15. §. 6. D. *ad Leg. Jul. de*

im Grunde sagen die Stellen doch nur, daß die Zeit vollkommen erfüllt oder abgelaufen seyn müsse, und wenn es auch in einer von der integri restitutio minorum handelnden Stelle heißt: es sei a momento ad momentum zu rechnen[55]), so darf man doch wohl annehmen, daß hier als Anfangspunct der Moment angesehen werde, wo ganz entschieden das Individuum bereits am Leben war; wenn aber z. B. nur feststeht, daß Jemand am dritten eines Monats geboren sei, so darf man mit Sicherheit sein Leben nur von dem Schlusse dieses Tages an, also vom vierten, datiren. Und ist schon bei der Bestimmung des Alters eines Menschen das Prinzip der s. g. natürlichen Berechnung (a momento ad momentum) mit voller Strenge wohl in den wenigsten Fällen zur Anwendung zu bringen, so wird dies noch weniger möglich seyn, wenn von Ereignissen anderer Art, als der Geburt eines Menschen, der terminus a quo beginnen soll. Was nun unsere Frage anbetrifft, so behauptet ein neuerer Schriftsteller, daß der Tag, an welchem das Ereigniß, wovon ausgegangen werde, geschehe, als der erste zu betrachten sei, hiernächst aber bis zum Schlußmoment des letzten Tages die Erfüllung noch möglich sei[56]). Letzteres ist unzweifelhaft richtig; in dem ersten Satz liegt dagegen eine Beschränkung des Rechts eines Honorirten, für den doch sonst ein favor juris spricht[57]). Da nun

adult. (XLVIII. 5). L. 3. D. *de jure immun.* (L. 6).

55) L. 3. §. 3. D. *de min.*

56) Endemann l. l. p. 89. sqq.

57) L. 13. pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV. 5). L. 17. §. 1. *de leg.* I.

überdies in Fällen, wo von Erfüllung einer Verbindlichkeit die Rede ist, anerkannt wird, daß der Tag, an welchem die Verpflichtung eingegangen ist, überall nicht mit zu rechnen sei[58]), so entspricht es dem Geiste unserer Quellen, so wie dem, was die natürliche Billigkeit und die Rücksicht auf Rechtssicherheit fordert, viel eher, wenn man dasselbe auch hier gelten läßt. Ja selbst an die buchstäbliche Interpretation schließt sich dies Resultat besser an, wie jedes andere. Wenn es heißt: vom Todestage, von dem Tage der Erbschaftsantretung u. s. w., so ist es doch gewiß natürlicher, dies so auszulegen: wenn der Todestag u. s. w. verflossen ist, als: mit dem Todestage solle die Frist beginnen[59]).

§. 1464.

Von negativen Potestativbedingungen und der Muciana cautio[60]).

Es giebt Bedingungen, bei denen während der ganzen Lebensdauer des Honorirten es nothwendig ungewiß bleiben muß, ob die Bedingung in Erfüllung gehen werde, wenn sie nicht durch ein Entgegenhandeln früher weggefallen ist; wogegen auch, wenn Letzteres nicht der

58) L. 1. D. *si quis caut. in jud. sist.* (II. 11). Vgl. L. 101. D. *de reg. jur.*

59) Der Unterschied zwischen continuum und utile tempus, kommt, seitdem das Cretionsrecht weggefallen ist (s. Bd. 40. d. Comm. S. 345 fgg.) für unseren Gegenstand nicht in Betracht.

60) *S.* Zimmern comm. de Muciana cautione. Heidelb. 1818. 8. Vgl. Arndts Beiträge u. s. w. nr. IV. 2. S. 183. fgg.

Fall ist, beim Tode des Honorirten die Bedingung für erfüllt zu halten ist. Dies sind die negativen Potestativbedingungen, z. B. si Capitolium non ascenderit. Denn von keiner anderen Art der Bedingungen, läßt sich sagen, daß möglicherweise erst mit dem Tode des Honorirten die Erfüllung eintreten könne. Wenn nämlich die Auflage, etwas zu unterlassen, in Beziehung auf ein drittes Individuum ausgesprochen ist, so kann es sich schon während der Lebenszeit des Honorirten ausweisen, daß die Bedingung nicht übertreten, folglich in Erfüllung gegangen sei. Z. B. wenn sie so lautet: **si Titio non dederit, si Titiam non duxerit uxorem, si Stichum non manumiserit.** Denn es können die genannten dritten Personen ja vor dem Honorirten sterben, in welchem Falle denn eine Unmöglichkeit des Entgegenhandelns vorhanden, mithin die Bedingung eingetreten ist. Da nun bedingte Vermächtnisse erst mit Eintritt der Bedingung gefordert werden können, die Bedingung aber erlebt werden muß, um das Recht auf seine Erben zu transmittiren, so mußte nach streng juristischer Consequenz entweder das Vermächtniß ganz wegfallen, oder, wenn man es gelten lassen wollte, die Bedingung, als eine unmögliche, **pro non scripta** gehalten werden [61]. Das Eine aber wie das Andere würde mit dem

61) Freilich konnte ein Vermächtniß auch auf den Todestag des Honorirten gestellt werden. (**Pauli rec. sent. Lib. III. Tit. VI. §. 6. L. 79. pr. D.** ***de cond. et dem.*** **L. 4. §. 1. D.** ***quando dies leg.***). Doch ließ sich dies eher als Zeitbestimmung interpretiren (als Anordnung: das Vermächtniß solle alsdann fällig seyn), und enthält im Grunde doch auch eine Abweichung von dem, was streng juristische Consequenz mit sich brachte. S. oben S. 60—65.

Willen des Erblassers im Widerspruch stehen. So verfiel man denn darauf, in Fällen dieser Art das Recht eines bedingt eingesetzten Erben auf den Legatar anzuwenden, d. h. ihm wurde das Vermächtniß ausgehändigt, gegen eine von ihm zu leistende Caution der Rückgabe im Falle des Entgegenhandelns, welche nach ihrem Urheber **Muciana cautio** genannt wurde (s. oben S. 205). Zwar trat auch in diesem Falle ein wirksames Recht auf das Vermächtniß erst mit seinem Tode ein; allein es war die Zurückforderung des Gegebenen nunmehr unmöglich geworden, indem dieselbe nur auf den Grund der geleisteten Caution erfolgen konnte, diese aber nicht verwirkt war [62]). Die Caution selbst mußte in der Regel durch Satisdatio, d. h. durch Bürgen bestellt werden [63]); ausnamsweise genügte eine andere Realsicherheit, ja der Testirer konnte sie auch ganz erlassen [64]). Gerichtet war sie auf Wiederherausgabe des Erhaltenen mit allen Accessionen, wenn gegen die Auflage gehandelt werde [65]).

Wenn nun eine Bedingung die vorhin bestimmten Eigenschaften hat, so findet die Leistung des Vermächtnisses gegen **Muciana cautio** Statt, mag der Gegenstand seyn, welcher er wolle [66]); selbst auf den Ausdruck

Vgl. Arndts a. a. O. S. 188. Note 9. u. Zimmern l. l. §. 6.

62) Vgl. Arndts a. a. O. S. 186. fg.

63) L. 67. L. 106. D. *de cond. et dem.*

64) Nov. 22. c. 44. — Zimmern l. l. §. 12.

65) L. 79. §. 2. D. *de cond. et dem.* — Vgl. Voet ad *h. t.* §. 6.

66) Z. B. ein jus usus fructus: „Quamvis usus fructus, quum morietur legatarius, inutiliter legetur, ta-

kommt es nicht an. So kann die Fassung eine affirmative seyn, und dennoch sich in eine rein negative Bedingung auflösen lassen; z. B. si cum filio meo in matrimonio perseveraverit, ist eben so viel als: si a filio meo non diverterit[67]); wenn Titius in seinem Vaterlande stets bleiben wird, so viel als: wenn er es nie verlassen wird. Ist eine so ausgedrückte Bedingung nur von der Art, daß ihre Erfüllung nicht schon beim Leben des Honorirten möglich wird, und kann sie ihrem Inhalte nach überhaupt als eine giltig angeordnete betrachtet werden, so tritt hier das Recht der Muciana cautio ein[68]). Daß aber bei einer conditio omittendi,

men Cautionis Mucianae remedium usufructu quoque sub conditione non faciendi legato, locum habet". L. 79. §. 3. D. *de cond. et dem.*

67) L. 101. §. 3. D. *eod.*

68) Auf einer falschen Auffassung des Begriffs solcher Bedingungen, welche die Anwendung der Muc. cautio veranlassen können, beruht es aber, wenn Manche der Meinung sind, daß die Muc. cautio überhaupt auch bei affirmativen Bedingungen anzuwenden sei; (s. z. B. *G.* Fein de herede suo sub cond. inst. Gott. 1777. §. 39. p. 56 sq.). Denn die Bedingungen von denen es in der L. 73. D. *de cond. et dem.* heißt: morte legatariorum finiuntur, sind eben negative Potestativbedingungen, wie sich aus dem angeführten Beispiele (si in Asiam non venerit) zur Genüge ergiebt, und nicht jede affirmativ gestellte Bedingung leidet eine solche Umkehrung, wie in den oben angeführten Beispielen; so ist z. B. auf die Bedingung: si capitolium ascenderit, die Muc. cautio entschieden nicht anwendbar, obgleich deren Erfüllung noch bis zum letzten Lebensmoment möglich seyn kann. Vgl. Höpfner Comment. §. 491. Note 6. Zimmern l. l. §. 2.

deren Eintritt schon vor dem Ableben des Honorirten erfolgen kann, das gewöhnliche Recht eintrete, also der Vermächtnißnehmer den Eintritt der Bedingung abwarten müsse, wird wenigstens als Regel ausdrücklich anerkannt: „Titius heredem institutum rogavit post mortem suam hereditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita; Mucianae cautionis exemplum ante constitutionem remissae cautionis locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit“ [69]). Die Bedingung war: wenn der Fideicommissar nicht die übliche Caution von dem Fiduciar verlangen wird. Nach einer Constitution von Marc Auerel kann diese Caution vom Testirer erlassen werden, ein solcher Erlaß liegt aber stillschweigend in jener Anordnung, so daß also seitdem von einer dem Fideicommissar in dieser Hinsicht gemachten bedingenden Auflage nicht mehr die Rede seyn kann. Vor der gedachten Constitution aber (meint Papinian) hätte allerdings die Frage aufgeworfen werden können: ob hier nicht die Mucianische Caution zur Anwendung kommen müsse? Er verneint indessen die Frage, weil ja durch den früheren Tod des Fiduciars sich die Sache jedenfalls noch beim Leben des Fideicommissars entscheiden könne [70]). Uebrigens ist dies Beispiel sehr gesucht und auch unpassend, indem hier nach dem ausdrücklichen Willen des Testirers der Fideicommissar doch auf keinen Fall vor dem Ableben des Fiduciar das Vermögen bekommen sollte und

69) L. 72. §. 2. D. *de cond. et dem.*

70) Vgl. Cujacius ad Lib. XVIII. Quaestion. Papin. *h. l.* Pothier Pand. Justin. Tit. *de cond. et dem.* Nr. 135. Not. *Ante constitutionem.* Westphal von Vermächtn. Bd. I. §. 471.

konnte. — Besser ist folgendes Beispiel gewählt[71]): „Socrus nurui fideicommissum ita reliquerat: *si cum filio meo in matrimonio perseveraverit*; divortio sine culpa viri post mortem socrus facto defecisse conditionem respondi, nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori coeperit nupta, vel maritus; *et ideo nec Mucianam cautionem locum habere*, quia morte *viri conditio possit existere*" [72]). Ferner: „Hoc genus legati: *si Titio non nupserit*, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo nihilominus legatum consequitur[73]). Also: die der Vermächtnißnehmerin gestellte Bedingung den Titius nicht zu heirathen, kann schon bei ihrem Leben in Erfüllung gehen, nämlich so, daß die Unmöglichkeit des Entgegenhandelns durch den Tod des Titius eintritt, so wie dadurch, daß sie einen Anderen heirathet[74]).

Zwei von Papinian genannte Ausnamsfälle kündigen sich ausdrücklich als solche an, und bestätigen somit die Regel selbst. Der eine[75]) lautet so: „Quum tale legatum esset relictum: *Titiae, si a liberis non discesserit*, negaverunt, eam recte cavere, quia

71) L. 101. §. 3. D. *eod.*

72) Vgl. auch L. 77. §. 2. *eod.*

73) L. 106. *eod.*

74) In diesem letzten Falle bleibt freilich immer noch eine Möglichkeit des Entgegenhandelns übrig. Doch entschied hier wohl der favor legatorum.

75) L. 72. pr. *eod.*

vel mortuis liberis legati conditio possit existere. Sed displicuit sententia; non enim voto matris opponi tam ominosa non[76]) interponendae cautionis interpretatio debuit". Die Bedingung: falls die Mutter ihre Kinder nicht verläßt (— sich während der Kinder Unmündigkeit u. dgl.) nicht wieder verheirathet, kann allerdings durch den früheren Tod der Kinder erfüllt werden. Aber hart würde es seyn, den doch so sehr natürlichen Wunsch der Vermächtnißnehmerin, das Vermächtniß zu erhalten, in Collision zu bringen mit dem, daß ihre Kinder nicht vor ihr sterben mögten. Darum soll ihr denn das Vermächtniß durch Auslieferung gegen Muciana cautio gesichert werden. Auf ähnliche Art ist der andere Fall entschieden: „Et quum patronus liberto certam pecuniam legasset, *si a liberis ejus non discessisset;* permisit Imperator, *velut Mucianam cautionem*[77]) offerri. Fuit enim periculosum ac triste, libertum conjunctum patroni liberis eorundem mortem exspectare"[78]). Die Entscheidung beruht hier darauf, daß man glaubte, bei dem Freigelassenen eine gleich zärtliche Zuneigung für die Kinder des Patrons voraussetzen zu dürfen, wie bei einer Mutter, für ihre eignen Kinder. — Endlich erklärt es sich auch vollkommen, weshalb das, was sub conditione viduitatis einem überlebenden Ehegatten zugewandt wird,

76) Haloander will das non weglassen. Allein ohne Grund. S. die in den Noten von SCHULTING u. SMALLENBERG angeführten Schriftsteller, T. V. p. 515.

77) Durch diesen Ausdruck wird deutlich darauf hingewiesen, daß genau genommen der Fall nicht unter der Regel der Muciana cautio stehe.

78) L. 72. §. 1. D. *de cond. et dem.*

gegen Caution (falls diese nicht im Testamente erlassen ist) sofort nach dem Tode des Erblassers ausgezahlt werden muß[79]). Der wesentliche Zweck solcher Zuwendungen würde vereitelt seyn, wenn dem Ueberlebenden dies Recht nicht zustehen sollte. Ueberdies gehört die Bedingung, sich überhaupt nicht wieder zu verheirathen, wenn man von der Möglichkeit solcher Ereignisse absieht, welche vor dem Tode eine Unfähigkeit zur Heirath begründen können, von selbst zu denen, welche die Anwendung der **Muciana cautio** rechtfertigen.

Wie ist es nun aber mit den bisher vorgetragenen Sätzen zu vereinigen, daß die **Muciana cautio** auch auf die Bedingung: **si servum non manumiserit**, angewandt wurde?[80]). Auch in diesem Falle kann ja durch den Tod des Sclaven der Erfolg schon vor dem Ableben des Honorirten eintreten, und als eine auf besonderen Gründen beruhende Ausnahme dürfen wir den Fall nicht ansehen. Zwar meint Zimmern, einen solchen Grund in dem von Javolenus (**L. 67. cit.**) vorgetragenen Responsum zu finden. Es war nämlich ein Grundstück unter der gedachten Bedingung vermacht, und zugleich bestimmt: „**si manumiserit, legatum fundi ad Maevium** (eine dritte Person) ***translatum*** **esset**“. Aus dem letzteren Ausdruck nun soll folgen, daß der Testirer eine an den ersten Legatar vorzunehmende Besitzübertragung der vermachten Sache voraussetze oder angeordnet habe, indem sonst nicht von einer **translatio legati ad Maevium** die Rede seyn könne[81]). Allein **translatio**

79) Vgl. Zimmern l. l. §. 3.

80) L. 7. pr. L. 67. D. *de cond. et dem.*

81) Zimmern diss. cit. §. 11.

legati heißt bekanntlich jede Anordnung des Testirers, wodurch eine Vermächtnißbestimmung abgeändert wird[82]). In unserem Falle nun ist lediglich eine bedingte translatio legati a persona ad personam vorhanden, und das völlig Verfehlte der Zimmerschen Erklärung ergiebt sich insonderheit noch daraus, daß in der Stelle von Javolen ausdrücklich bemerkt wird: dem Erben sei die Caution zu bestellen und das vermachte Object im Falle einer Contravention zu restituiren, von welchem sie alsdann der zweite Legatar fordere. Und daß man überhaupt hierbei nicht an eine eigentliche Ausnahme dachte, ergiebt sich mit Bestimmtheit aus der Art, wie Ulpian (in der L. 7. pr. *cit.*) jener Bedingung erwähnt: „Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, utputa: *si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit, et in similibus*". — Cujacius will Alles daraus erklären, daß in den Fällen, wofür die Muciana cautio als unanwendbar erklärt wird, weil ja der genannte Dritte vor dem Legatar sterben könne, das Vermächtniß als ein nach dem Tode des Dritten hinterlassenes zu betrachten sei[83]); als ob nicht auf gleiche Art auch die Bedingung: si Stichum non manumiserit, ausgelegt werden könnte[84])! Besser würde die Erklärung von H. Donellus seyn, daß man die Muc. cautio auf alle negativen Potestativbedingungen angewandt habe[85]), und nach dem allgemeinen Ausdruck Ul-

82) L. 6. pr. D. *de adim. vel transfer. leg.* (XXXIV. 4).

83) Cujacius obs. V. 2.

84) Vgl. Zimmern l. l. §. 10. p. 25 sq.

85) *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 33. in f. (oder §. 26).

pians (in L. 7. pr. cit.) müßte man dies auch annehmen, — wenn nicht die Entscheidung der Fälle, in welchen die Mucianische Caution für unanwendbar erklärt wird, ausdrücklich darauf gegründet würde: es könne ja die Erfüllung der Bedingung sich noch beim Leben des Honorirten ausweisen, ferner: die Caution sei nur bei den Bedingungen anwendbar, **quae morte legatarii finiuntur**[86]. Auch liegt ein deutlich redendes Argument dafür, daß die Alten die Regel von der Anwendung der Caution nicht in einem so weiten Umfange verstanden haben, in der bereits erwähnten Entscheidung Papinians über die Bedingung: **si a liberis non discesserit.** Dies ist doch gewiß eine Potestativbedingung, und dennoch wird die Ansicht, daß die Mucianische Caution hier nicht anwendbar sei, für eine der strengen Consequenz angemessene erklärt und die Abweichung davon lediglich durch den besonderen Grund gerechtfertigt, es sei nicht billig, den natürlichen Wunsch der Mutter, daß ihre Kinder sie überleben möchten, mit der strengen Auslegung der **Muciana cautio** in Collision zu bringen[87]. Schwerlich wird man daher in dem hier zur Frage stehenden Fall etwas anderes finden können, als eine (wie es scheint) allgemein von den Röm. Juristen anerkannte Abweichung von der Regel, wofür aber ein befriedigender Erklärungsgrund sich aus den Quellen nicht ergiebt[88].

Auch die unter einer negativen Potestativbedingung

86) Vgl. L. 72. §. 2. in f. L. 73. L. 101. §. 3. in f. L. 106. D. *de cond. et dem.*

87) L. 72. pr. D. *eod.* — S. oben S. 260.

88) Vgl. Voet ad *h. t.* §. 6. Fick diss. cit. §. 39. p. 57. Höpfner Comment. §. 491. Note 8.

eingesetzten Erben leisteten die Mucianische Caution: „Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est“ sagt Ulpian[89]). Nöthig scheint sie hier nicht; indem der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe ohnehin die Bonorum possessio gegen Cautionsleistung erhielte[90]). Indessen auch unter dieser Voraussetzung läßt sich diese Anwendung der Mucianischen Caution sehr wohl erklären. Die Caution war ohne Zweifel sehr bündig gefaßt, und genau auf die conditiones non faciendi berechnet; mit ganz geringer Abweichung, und ohne daß es erst einer besonderen Einigung oder auch einer Bestimmung des Prätors über die Cautionsformel bedurfte, ließ sie sich auf Erbeinsetzungen anwenden, welche unter solchen Bedingungen angeordnet wurden, und so gewöhnte man sich allmählig an einen allgemeineren Gebrauch derselben. Allein mit mehr Wahrscheinlichkeit dürfen dafür noch andere Gründe angeführt werden. Da nämlich nach der Natur der Bedingung ein sicheres Behalten (und eigentlich die Erwerbung) der Erbschaft erst mit dem Tode des Eingesetzten eintreten kann, so ließ sich die Einsetzung allenfalls als eine auf die Zeit nach dem Tode des Erben gestellte betrachten, mithin nach dem strengen Recht als eine überall nicht geltende[91]). Umgekehrt konnte man aber auch sagen: da eine auf den Todestag des Honorirten gestellte Anordnung für eine Verfügung sub die gilt,

89) L. 7. pr. in f. D. *de cond. et dem.* — L. 18. *eod.* — Vgl. Zimmern diss. cit. §. 13. 14. u. oben S. 195—205.

90) S. oben S. 190 fgg. und S. 205 fgg.

91) Arndts a. a. O. S. 188. Not. 9. Vgl. auch Schulting in not. ad L. 7. *cit.* T. V. p. 494.

ein dies aber einer Erbeinsetzung nicht hinzugefügt werden darf, so ist eine solche Erbeinsetzung als unbedingte anzusehen und aufrecht zu erhalten[92]). Aehnliche Zweifel veranlaßten ja ihre Einführung bei Legaten. Hier kam aber noch folgender Umstand hinzu: die Bonorum possessio des bedingt eingesetzten Erben galt einer Erbschaftsantretung nicht gleich[93]), und so war denn dem Erben, wenn er vor der Erfüllung der Bedingung starb, überhaupt nicht erworben. Durch die Fassung der Mucianischen Caution und die ihr in der Praxis beigelegte Wirkung war aber dafür gesorgt, daß, wenn sich nun beim Tode des Honorirten ergab, es sei nicht gegen die Bedingung gehandelt, diese also erfüllt, die Erben desselben das auf den Grund der Caution von ihrem Erblasser bereits in Besitz Genommene behalten durften, als sei es ihm bereits bei seinem Leben fest erworben gewesen.

Uebrigens findet die Muciana cautio alsdann keine Anwendung, wenn die Disposition unter einer conditio faciendi und non faciendi (gleichviel, ob alternativ oder conjunctiv), erfolgt ist, indem alsdann zuvörderst der Eintritt der affirmativen Bedingung abgewartet werden muß[94]).

§. 1465.

Modalitäten ausser der Suspensivbedingung. — Dies incertus pro conditione est. — Stillschweigender Ausdruck der Bedingung.

Bei Vermächtnißbestimmungen sind alle Modalitäten, wodurch der Anfang oder die Dauer des Rechts

92) Vgl. hierüber den folg. §.

93) S. oben S. 208 fgg.

94) L. 77. §. 1. D. *de cond. et dem.* — Vgl. die Accursische Glosse zu dieser Stelle Zimmern diss. cit. §. 8. in f. p. 19.

normirt wird, zulässig und wirksam. Früher konnten auch Vermächtnisse nicht an eine bestimmte Zeitdauer oder Resolutivbedingung geknüpft werden[95]), was, vollständig wenigstens, erst von Justinian aufgehoben wurde[96]). Erbeinsetzungen aber konnten ein an eine Zeitbestimmung, sei es ein dies ex quo ad adquem, geknüpft, noch durch eine Resolutivbedingung beschränkt werden; ist dies dennoch im Testamente ausgesprochen, so soll es unbeachtet

95) L. 55. D. *de leg.* I. — „nec tempore, — aut conditione finiri obligatio heredis legatorum nomine potest". Uebrigens galt dies auch für andere Rechte. L. 44. §. 1. D. *de O. et A.* (XLIV. 7). „Placet etiam ad tempus obligationem constitui non posse, *non magis quam legatum*". Indessen wurde die Giltigkeit solcher Beschränkungen durch exceptio pacti conventi oder doli vermittelt (L. 44. §. 1. *cit.*). Daß die Regel selbst übrigens auch für Fideicommisse gegolten habe, müssen wir wenigstens nach Justinians Constitution (s. die folg. Note) glauben. Jedenfalls erhielte sie sich für Vermächtnisse länger, wie für andere Rechte, wozu denn wohl die streng förmliche Anordnungsart der Legate Vieles beitrug. Vgl. Göschen obs. jur. Rom. p. 65—73. not. k.

96) L. ult. C. *de legat.* „Illud, quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus. — Quum enim jam constitutum sit, fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est, etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari, post completum videlicet tempus ad heredem iisdem legatis vel fideicommissis remeantibus" —. Vgl. Westphal von Verm. I. §. 607. Roßhirt Lehre von d. Verm. I. S. 370. 371.

bleiben, oder die Verfügung gilt, wie wenn sie eine unbeschränkte wäre: „Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed *vitio temporis sublato manet institutio*“ [97]); oder (wie es in Beziehung auf das Aufhören des Erbrechts an einer anderen Stelle heißt): wenn Jemand einmal Erbe geworden ist, so kann durch den Eintritt irgend eines Ereignisses nicht bewirkt werden, „ut, qui semel heres exstitit, desinet heres esse“ [98]). Auf Restitution des Erbrechts durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und s. g. beneficium abstinendi kann dies natürlich nicht bezogen werden; auch ist eine indirecte Einschränkung des Erbrechts durch fideicommissarische Anordnungen nicht blos möglich, sondern es wird stets eine solche angenommen werden müssen, wenn aus der Anordnung mit Bestimmtheit erhellt, daß nach der Absicht des Testirers die Erbschaft oder eine Erbquote nach Ablauf einer Zeit oder mit dem Eintritt eines gewissen Ereignisses auf eine bestimmte dritte Person übertragen werden solle [99]). Endlich kann möglicherweise eine in der Form einer auflösenden Bedingung hinzugefügte Beschränkung als Suspensivbedingung behandelt und aus diesem Gesichtspuncte die Verfügung aufrecht erhalten werden. Von diesem letzten Satz, so wie überhaupt von den Regeln selbst: hereditas ex die vel in diem dari nequit, und semel heres semper heres

97) L. 34. D. *de hered. inst.* Vgl. §. 9. J. *eod.*

98) L. 88. D. *eod.*

99) Das Nähere über die Bedingungen der s. g. stillschweigenden Fideicommisse kann hier noch nicht erklärt werden. Einzelne dahin gehörige Fragen sind bereits erörtert. S. Bd. 40. d. Comment. S. 252 — 258. S. 379 — 382.

ist schon an einer anderen Stelle des Commentars die Rede gewesen[100]). Indessen ist hier noch kürzlich zu erörtern: ob und inwieferne die Hinzufügung eines modus bei der Erbeinsetzung möglich sei? — Der Begriff eines modus im engeren und eigentlichen Sinne[1]) ist nicht ganz leicht zu bestimmen. Da übrigens die juristischen Eigenthümlichkeiten dieser Modalität vorzugsweise mit der Lehre von den Vermächtnissen zusammenhängt, so verschieben wir das, was über den Begriff und der besonderen Wirkungen des modus noch nachträglich[2]) zu sagen ist, bis zu einer anderen Gelegenheit[3]). Hier mag die Bemerkung genügen, daß unter modus die Beschränkung einer Liberalitätshandlung in Ansehung des Zwecks oder der Verwendungsart, so wie des Gebrauchsrechts, ferner unter der Verbindlichkeit dermaleinstiger Restitution, oder auch zu gewissen Leistungen (welche nur nicht den Character eines eigentlichen Aequivalents haben dürfen) verstanden werden kann[4]). Die regelmäßige Wirkung

100) S. Bd. 40. S. 188—193.

1) Denn bisweilen hat der Ausdruck auch die Bedeutung einer jeden besonderen Voraussetzung oder Bedingung eines Rechts, also auch die einer Bedingung im eigentlichen Sinne; vgl. L. 92. D. *de hered. inst.* L. 44. §. 3. D. *de O. et A.* (XLIV. 7). L. 72. D. *de fidejussorib.* (XLVI. 1).

2) Denn s. Bd. IV. d. Comment. §. 336. 337.

3) S. unten §. 1572., wo auch über die Vorschriften, welche man als nuda praecepta bezeichnet, das Nöthige vorkommen wird.

4) Vgl. Hugo Rechtsgesch. XI. S. 539. Note 1. v. Meyerfeld die Lehre von den Schenkungen I. S. 389. Pfeiffer pract. Ausführungen I. S. 24 fgg. Nr. IV. Mein Lehrb. d. Pand. I. §. 111.

des modus aber besteht darin, daß dadurch der Erwerb nicht suspendirt wird, wegen nicht erfüllten modus aber auf Zurückgabe des Erhaltenen geklagt werden kann[5]. Auf diese Wirkung nun bezieht sich unsere Frage. Denn läßt man den modus in seiner gewöhnlichen Bedeutung zu, so würde der sub modo eingesetzte Erbe die Erbschaft erwerben können, allein bei nicht erfülltem modus wieder aufhören, Erbe zu seyn, dies aber mit der Regel: semel heres semper heres sich nicht vertragen. Dennoch aber wird die Frage gewöhnlich bejaht, meistens, ohne sich auf die Folgesätze näher einzulassen[6]; die, welche es thun, wollen, daß der sub modo eingesetzte Erbe der künftigen Restitution halber Caution bestelle[7]. Soll indessen dadurch der wirkliche Erbschaftserwerb suspendirt seyn, so liegt hierin der Ausspruch: bei Erbeinsetzungen hat der modus die Wirkung einer Bedingung; im entgegengesetzten Falle aber muß man zugeben, daß dies Resultat mit der Regel: semel heres semper heres, offenbar nicht zu vereinigen sei. Die Consequenz bringt es daher mit sich, als Grundsatz anzunehmen, daß eben so wie die Resolutivbedingung, so auch der hinzugefügte modus pro non scripto zu halten ist, mithin als ein nudum praeceptum (als eine testamentarische Vorschrift, deren Erfüllung unterbleiben kann) ange-

5) Aber freilich auch auf Erfüllung des modus. L. 1. C. *de donat. quae sub modo* (VIII. 55). L. 2 C. *de his, quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.* (VI. 45).

6) S. z. B. Höpfner Comment. §. 489. a. E. Thibaut Pand. II. §. 957.

7) Z. B. MAJANSIUS Diss. *de his, quae sub modo reling.* (Disp. jur. T. II. Nr. XLI.) §. 7.

sehen werden muß [8]). Indessen muß doch allemal der Wille des Testirers berücksichtigt, und, soweit dies mit feststehenden Bestimmungen des positiven Rechts zu vereinigen ist, für dessen Ausführung Sorge getragen werden [9]). Hierüber lassen sich nun folgende Regeln aufstellen: 1) Jede Auflage an den Erben, wodurch sein Erbrecht von einer Leistung oder Handlung abhängig gemacht wird, hat immer die Bedeutung einer Bedingung, wenn auch der Testirer einen Ausdruck gewählt hat, welcher gewöhnlich nur bei der Anordnung eines modus vorkommt; (z. B. ich setze den Titius zum Erben ein, er soll aber u. s. w., oder: jedoch mit der Modalität, daß er u. s. w.). „**Quoties heres jurare jubetur: daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hereditarias non alias habebit, quam si dederit vel fecerit id, quod erat jussus jurare**" [10]). Also: vor der erfolgten Leistung kann der Erbe die erbschaftlichen Klagen nicht anstellen, d. h. die Erbschaft noch gar nicht erwerben [11]). 2) Ein sogenannter modus cum mulcta hat durchaus die vom Testirer selbst ihm beigelegte Wirkung, d. h. er muß erfüllt werden, widrigenfalls ist die vom Testirer dem Erben auferlegte mulcta zu entrichten. In mehreren Stellen finden

8) *C. G.* Hübner Disp. jur. civ. (Lips. 1806). Cap. X. und besonders die daselbst p. 114. Note 14. genannten Schriften.

9) Darauf geht auch die Ansicht von Hübner l. l. u. Roßhirt (Vermächtn. I. S. 406—412. §. 20) hinaus.

10) L. 8. §. 6. D. *h. t.*

11) Den Eid braucht er nicht zu schwören, da die conditio jurisjurandi erlassen wird, weshalb denn aber auch der Schwur an und für sich nicht genügte. S. oben S. 97—100.

wir eine solche Anordnung erwähnt [12]). Vielleicht erfolgten solche Strafbestimmungen gewöhnlich zum Besten öffentlicher Cassen, weshalb man sie nicht den früher (wenigstens von den Meisten) gemißbilligten legata poenae nomine relicta [13]) gleichstellte; doch gab es ja auch Dissentienten, und zu diesen mag denn auch Alfenus Varus (Verf. der L. 27. cit.) gehört haben, und auch der Ausdruck (mulcta) schließt die Anwendung auf Privatpersonen nicht aus [14]). 3) Eine Auflage zum Restituiren, in welcher Form sie auch erfolge, kann immer nur als (Universal- oder Singular-) Fideicommiß betrachtet und als solches mit den geeigneten Klagen in Anspruch genommen werden [15]); und ein gleiches ist der Fall, wenn 4) dem Erben sonstige Verwendungen im Interesse einer Privatperson oder des Gemeinwesens zur Pflicht gemacht sind [16]). — Sieht man daher auf das practische Resultat, so bleiben in der That für die Anwendung des Grundsatzes (der modus gilt gleich einer Resolutivbedingung

12) L. 6. pr. D. *de cond. et dem.* („Mulcta testamento non committitur *ab herede* — — — qui alicujus arbitratu monumentum facere jussus sit, si is, cujus arbitrium est, non vivat“ *rel.*) L. 27. *eod.* („In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum — — fieret; nisi fieret, heredes magna pecunia multari“ *rel.*)

13) S. oben S. 101. 102.

14) *Gl. Acc.* ad L. 6. pr. et L. 27. D. *de cond. et dem.*

15) Vgl. Hübner l. l. p. 121—126. Roßhirt a. a. O. S. 408. fg. Nr. c.

16) Z. B. die Verpflichtung ein Waisenhaus oder eine andere gemeinnützige Anstalt zu begründen. S. Bd. 39. d. Comment. S. 459. fg.

pro non adjecto) nur solche Fälle übrig, in welchen überhaupt ein modus adjectus nur die Natur eines nudum praeceptum hat, folglich unerfüllt bleiben darf; so namentlich, wenn dem Erben die Auflage gemacht ist, die Erbschaft oder einen Theil derselben für einen gewissen Zweck zu verwenden, wobei aber Niemand als er selber rechtlich interessirt seyn kann[17]).

Nach der Ueberschrift des §. im Lehrbuche soll hier die Regel erörtert werden: *incertus dies pro conditione est*. Es ist aber davon schon oben (S. 58—63) die Rede gewesen, und namentlich ausgeführt, daß nicht bloß eine absolute Ungewißheit, sondern auch die relative, nämlich die Ungewißheit in Ansehung der Frage an, so wie quando exstiturus sit dies der Anordnung in der Regel die Bedeutung einer bedingten beilege. Nur werde davon alsdann abgewichen, wenn das Recht auf den Todestag des Honorirten selbst gestellt sei, in welchem Falle die genannte Zeit nur als Erfüllungsmoment in Betracht komme. Da nun die Einsetzung eines Erben auf seinen Todestag nach dem neueren Rechte an sich giltig ist[18]), dies indessen als eine Einsetzung ex die betrachtet werden muß, so folgt von selbst, daß diese Einsetzung als pura institutio gilt[19]).

Indessen ist in neuerer Zeit behauptet, daß die Regel: dies incertus conditionem in testamento facit, für Erbeinsetzungen nicht gelte, wenn blos eine Ungewißheit

17) arg. L. 13. §. 2. D. *de donat. int. V. et U.* (XXIV. 1.)

18) L. 9. C. *de hered. inst.* (VI. 24).

19) S. oben die Note 97. zu diesem §. u. Vinnius ad §. 9. J. *de hered. inst.* Nr. 6.

in Ansehung der Frage vorhanden sei, wann der Zeitpunct eintreten werde[20]). Auf die dafür aus der Verschiedenheit des Rechtsverhältnisses angeführten Grunde scheint der Urheber dieser Behauptung selbst kein großes Gewicht zu legen[21]). Aber er glaubt, daß eine bereits mehrmals in diesem Commentar erwähnte Institutionenstelle für seine Ansicht entscheidend sei. Es ist der §. 9. J. *de hered. inst.*, worin die Einsetzung: *post quinquennium, quam moriar*, für eine ex die certo geschehene, folglich für eine unbedingte und sofort wirksam erklärt wird. Allein anders zu entscheiden, war gar nicht möglich, da man bei der Testamentseröffnung mit Bestimmtheit sagen kann, wann der Tag gekommen seyn wird[22]). Gerne kann man zugeben, daß die Ungewißheit darüber, ob der Honorirte den Zeitpunct erleben werde, nicht als etwas Wesentliches in Betracht gezogen werde[23]); es genügt, daß angenommen ist, auch wenn nur eine Ungewißheit in Ansehung der Frage: wann die Zeit eintreten werde? vorhanden ist, so solle die Anordnung in der Regel als eine bedingte gelten. Freilich aber bildet dies immer nur die Regel; blos im Zweifel ist anzunehmen, daß die in irgend einer Hinsicht ungewisse Zeit als Bedingung gelte, es wird daher im einzelnen

20) Schöman Handb. des Civilr. I. Nr. VI.

21) Nur beiläufig und in einer Note wird bemerkt, daß bei Vermächtnissen dem Testirer daran liege, daß der Erbe das Vermächtniß behalte, wenn der bedingende Umstand nicht beim Leben des Vermächtnißnehmers in Erfüllung gehe: Schömann a. a. O. S. 375. Note *.

22) S. Bd. 40. d. Comment. S. 190. Not. 50. u. S. 63. dieses Bandes.

23) Schöman a. a. O. S. 367. fgg.

Falle stets zu untersuchen seyn, ob der Testirer den Anfall des Rechts, oder blos die Erfüllungszeit habe hinausschieben wollen (s. oben S. 60. 61.), und in dem von Schöman erwähnten Rechtsfalle dürften wohl die überwiegenden Gründe für Letzteres streiten. Es hatte in einem Lande, wo der überlebende Ehegatte gesetzlich den Niesbrauch des von dem Verstorbenen hinterlassenen Vermögens hat, die Ehefrau ein Testament folgenden Inhalts errichtet: „Da mein Schwager Seyfried eine starke Familie zu ernähren hat, so will ich denselben mit Ausschluß meiner Geschwister zu meinem Universalerben hiermit ernennen, jedoch soll er erst an dem Tage mein Erbe seyn, da mein Ehemann mit Tode abgeht". — Zwar ist, wenn Einer im Niesbrauch, ein Anderer aber so eingesetzt ist, daß er nach des Ersteren Tode den gesammten Nachlaß haben soll, — diese ungeschickte Willenserklärung nach dem präsumtiven Willen des Erblassers schwerlich anders, als so zu interpretiren: Jener soll Erbe seyn, aber nach dessen Tode der Nachlaß unvermindert dem Zweiten herausgegeben werden[24]). Allein in dem angeführten Falle beruht das Niesbrauchsrecht überall nicht auf testamentarischer Bestimmung, sondern der Testirer berücksichtigt nur die gesetzliche Vorschrift, oder: er setzt den Dritten zum Erben ein, soweit der dem überlebenden Ehegatten gesetzlich zustehende Niesbrauch dabei nicht gefährdet ist. Zur Unterstützung dieser

24) Hennemann Untersuchungen zweier verwandter Rechtsfragen; 1) — — 2) Was Rechtens sei, in dem Falle, da ein Erblasser Jemand im Genießbrauche einsetzt, zugleich aber verordnet, daß nach dessen Tode ein Anderer Erbe seyn solle? (Schwer. 1790.) S. 33. fgg. Vgl. oben Bd. 40. d. Comm. S. 183 — 187.

Auslegung dient denn auch noch das im Testament angegebene Motiv (da er eine starke Familie zu ernähren hat), und so ist es denn nicht nöthig, um das obige Resultat zu vertheidigen, feststehende Rechtssätze abzuläugnen, oder auf eine Art zu beschränken, wodurch sie so gut wie aufgehoben werden.

Uebrigens darf man den Satz: **incertus dies conditionem in testamento facit**, als Billigung einer stillschweigenden Anwendung von Bedingungen ansehen, und dadurch erscheint es denn gerechtfertigt, wenn auch dazu hier noch einige Nachträge gegeben werden[25]), wobei wir uns indessen auf die Frage beschränken dürfen: in welchen Fällen die bei einer Anordnung ausgedrückte Bedingung auch auf eine andere zu beziehen sei[26])? Es ist dies der Fall: 1) wenn Jemand unter einer Bedingung eingesetzt und, falls er nicht Erbe werden würde, ihm ein Legat hinterlassen wird, ohne hierbei die Bedingung auszudrücken[27]). Imgleichen, wenn dem unter einer Bedingung eingesetzten Erben ein Prälegat ohne die Bedingung zu wiederholen ausgesetzt ist[28]). 2) Wenn ein Legat an mehreren Stellen auferlegt wird: „In **repetundis legatis haec verba, quae adjici solent:** ***item dare damnas esto, et ad conditiones et ad dies*** **legatorum easdem repetendas referri Sabinus respondit**“[29]). Eben so 3) bei einer Vergrößerung der

25) Vgl. oben S. 83—89.

26) Vgl. hierüber besonders: *H.* Donellus comment. jur. civ. Lib. VIII. c. 31. §. 13. bis zu Ende. Averanius interpr. jur. Lib. V. c. 2. §. 9. bis zu Ende.

27) L. 18. D. *h. t.*

28) L. 18. §. 1. D. *eod.* L. 77. pr. D. *de cond. et. dem.*

29) L. 63. D. *de leg.* III.

Vermächtnisse[30]), so wie 4) bei der Translation des Vermächtnisses auf einen andern Honorirten (oder Onerirten)[31]), vorausgesetzt, daß die bei der ersten Anordnung ausgedrückte Bedingung nicht in unzertrennlicher Verbindung mit der genannten Person steht[32]). Ferner 5) wenn Jemand dem Erben fideicommissarisch unter einer Bedingung substituirt ist, demselben aber auch direct, ohne die Bedingung auszudrücken, so versteht sich diese doch von selber[33]). Doch gilt die dem eingesetzten Erben gemachte Bedingung nicht auch für den Substituten, indem dies mit der Absicht des Testirers, durch Anordnung von Substitutionen die Intestaterben auszuschließen, auch wenn der Institut aus irgend einem Grunde nicht Erbe werden könnte, unvereinbarlich seyn würde[34]).

30) L. 108. D. *de cond. et dem.*

31) L. 95. D. *eod.*

32) L. 24. pr. D. *de adim. legat.* (XXXIV. 4).

33) L. 83. D. *de leg.* II.

34) L. 73. D. *de hered. inst.*

Lib. XXVIII. Tit. VIII.

De jure deliberandi.

Cod. Lib. VI. Tit. 30. de jure deliberandi (et de adeunda vel acquirenda hereditate).

§. 1466.

Einleitung. — Vorjustinianisches Recht über Antretungs- und Deliberationsfriste.

Ein Erbe kann, soferne kein besonderes gesetzliches Hinderniß im Wege steht [1]), die ihm unbedingt deferirte Erbschaft ohne Weiteres antreten [2]). In der Regel ist

1) z. B. ein zu erwartender Postumus; s. L. 30. §. 1. u. 4. D. *de acq. her.* (XXIX. 2). L. 1. §. 8. D. *unde cogn.* (XXXVIII. 8). Von Hindernissen dieser Art kann erst unten L. XXIX. Tit. 2. §. 1492. ferner Tit. 3. u. 5. die Rede seyn.

2) Die häufig misverstandene Bestimmung der Nov. 115. c. 5. sagt nicht, daß während der neun s. g. Trauertage (nach dem Tode des Erblassers) die Erbschaft nicht angetreten werden dürfe, sondern, daß während dieser Zeit Erben, Verwandte, Affinen und Bürgen des Verstorbenen nicht in Anspruch genommen werden sollen. Marezoll in Grolman's u. von Löhr's Magaz. IV. Nr. XI. 8. S. 212. fgg. Vgl. übrigens Leyser med. ad Pand. Sp. 370. m. 1. u. 2.

er dabei auch an keine bestimmte Zeitfrist gebunden, sondern, wenn er nicht von Erbschaftsinteressenten (Gläubigern, Substituten, oder Vermächtnißnehmern) gedrängt wird, sich zu erklären, ist ihm eine Verzögerung der Antretung hinsichtlich seines Erbrechts unnachtheilig [3]). Da indessen eine solche Verzögerung für die Erbschaft leicht manche Nachtheile herbeiführen kann und jedenfalls unbillig ist in Ansehung der sonstigen Erbschaftsinteressenten, insbesondere der Creditoren, so kamen mancherlei Einschränkungen auf [4]). Erstlich war es sehr gewöhnlich, daß ein Testirer dem Erben eine Antretungsfrist setzte, nach deren vorgeblichem Ablauf das Erbrecht wegfiel. Extraneis heredibus (im Gegensatze der sui,

3) Gaji inst. II. §. 167. — In wie weit der Erbe durch Verjährung ausgeschlossen werden könne, gehört ebenfalls nicht hieher. Es wird davon im Zusammenhange unten Lib. XLI. Tit. V. gehandelt werden. Inzwischen s. die folg. Note u. mein Lehrb. d. Pand. (3. Aufl. oder doctr. Pand. ed. 4.) III. §. 703. not. 2.

4) Endemann comm. de implendae condit. temp. §. 19. p. 103—113. — Beachtenswerth ist, daß auch die alte pro herede usucapio (d. h. das Recht eines Jeden, der da wollte, Erbschaftssachen zu occupiren und durch einjährige Verjährung das Erbrecht zu erwerben, s. Gaji inst. II. §. 52—56) zu den Mitteln gezählt wird, den Erben zu einem schleunigeren Erbschaftsantritt zu bestimmen. Gaji l. l. §. 55. „Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, *quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur*“.

welche ipso jure erwarben) *solet cretio dari*, i. e. *finis deliberandi*, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel, *si non adeant*, *temporis fine summoveantur*" [5]). Gewöhnlich war es eine Frist von hundert Tagen; doch konnte auch eine kürzere oder eine längere Frist bestimmt werden, obgleich der Prätor eine allzulange Frist der Gläubiger wegen abkürzen durfte [6]). — Zweitens wurden bekanntlich im prätorischen Edicte bestimmte Fristen für die Agnition der Bonorum possessio (für Verwandte in auf- und absteigender Linie ein annus utilis, für andere ein Zeitraum von centum dies utiles) angeordnet, deren Nichtbeachtung den Berufenen ausschloß [7]) und wovon als Grund ebenfalls die Rücksicht auf die Gläubiger und auf Vermeidung eines Concurses über den Nachlaß ausdrücklich angegeben wird: „Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent, et creditoribus longior mora fieret. E re igitur Praetor putavit, praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congrediantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum

5) Gaji inst. II. §. 164. — Ueber die cretio und die verschiedenen Arten derselben s. Bd. 40. d. Comment. S. 345—347.

6) Gajus II. §. 170.

7) L. 3. in f. L. 4. D. *de B. P.* (XXXVII. 1). L. 2. §. 4. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII. 11). L. 1. pr. §. 8. 10. 12. 16. D. *de succ. edicto* (XXXVIII. 9).

procedere debeant"[8]). Zwar trat hierbei, wenn ein Näherer sich versäumt hatte, der in der Ordnung folgende ein[9]), so daß mithin die Erwerbung der Erbschaft dadurch doch immer auf eine sehr lange Zeit hinausgeschoben werden konnte. Auch war ja der Civilerbe als solcher an diese Fristen überall nicht gebunden und konnte selbst Dem, welcher vor ihm zur B. P. gerufen war und sie auch agnoscirt hatte, den Nachlaß wieder entziehen (rem evincere); so lange dies noch möglich war, hatte also der Erstere eine bloße Bonorum possessio sine re[10]). Indessen wurden die Fälle, wo der zur Bonorum possessio Gerufene nur eine B. P. sine re erhielte, nach und nach immer seltener[11]), indem theils einzelne Arten der nur im prätorischen Edicte zur Succession Gerufenen dem Civilerben gleichgestellt, oder ihm wohl gar vorgezogen wurden, theils das Civilerbrecht selbst sich erweiterte, d. h. manche Personen (zuletzt alle Cognaten) zur Civilerbschaft gerufen wurden, welche früher nur Bonorum possessio nachsuchen konnten[12]). Insonderheit aber erwies sich die Bestimmung des suc-

8) L. 1. pr. D. *de succ. edicto.*

9) S. die in Note 7. angef. Stellen.

10) Gaji inst. II. §. 148. 149. III. §. 36. 37. Ulp. Fr. XXVIII. §. 13. Vgl. ebendas. XXIII. §. 6. und XXVI. §. 8.

11) Die genauere Erörterung und Begründung der folgenden Sätze (zur Note 12 — 14) muß bis zum sieben und dreißigsten Buche ausgesetzt bleiben. Doch werde ich hier einstweilen auf meine Pand. (3. deutsche und 4. latein. Aufl.) Bd. III. §. 620. u. 621. verweisen dürfen.

12) S. meine Pand. §. 620. Note 14. 15. u. Nov. 118.

cessorium edictum für den oben angegebenen Zweck dadurch wirksam, daß Jeder, welcher B. P. erhalten hatte, durch die kurze pro herede usucapio von einem Jahre, sich zum heres machen, also die hereditatis petitio des nach ihm zur B. P. gerufenen Civilerben ausschließen konnte[13]), sodann 2) (wie wenigstens mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden darf) der Bonorum possessor (wenn er wirklich im Besitze des Nachlasses war) eben so gut wie ein bonae fidei possessor, oder doch wie ein deliberirender Erbe Schulden bezahlen durfte[14]). — Noch wirksamer aber war drittens das Edict des Prätors, dessen Erläuterung den wesentlichen Gegenstand dieses Titels bildet[15]): *„Si tempus ad*

13) meine Pand. §. 620. Not. 13.

14) Arg. L. 31. pr. D. *de her. ped.* (V. 3). L. 5. C. *eod.* (III. 31). L. 5 in f. L. 7. §. 3. D. *h. t.* — Vgl. C. F. Fabricius Ursprung und Entwickelung der Bonor. possessio (Berl. 1837). S. 76. 77.

15) Da übrigens in den doctrinellen Darstellungen des heutigen Röm. Rechts eine ganz vorzügliche Rücksicht auf die Neuerungen Justinians, besonders auf L. 19. u. L. 22. (ult.) C. *h. t.* genommen werden muß, so könnte hiernach der Titel die Ueberschrift erhalten: *De jure deliberandi et inventarii.* Hierüber nun sind im Allgemeinen zu vergleichen: *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VII. c. 3. *Jo.* Voet ad tit. Pand. *de jure deliberandi.* *J. M. G.* Beseke comm. de cretione, jure deliberandi et inventario in adeunda hereditate. Hal. 1773. *Nic.* Rumpff diss. de jure deliberandi et beneficio inventarii et utriusque differentiis sec. jus commune et constit. nov. Hamb. Goett. 1777. *J. C.* Koch diss. de herede deliberante. Giess. 1783. — Thibaut Versuche u. s. w.

deliberandum petet, dato"[16]). Westenberg glaubt, daß diesen Worten noch folgende vorausgegangen seien: „Heredem institutum intra certum tempus adire jubebo"[17]). Hiernach hätte es denn zwei von einander unabhängige bestimmte Zeitfristen gegeben, zuerst die in dem Befehle des Prätors an den Erben enthaltene, sodann die von dem letzteren erbetene. Hätte das Edict also gelautet, so wäre kein Grund vorhanden gewesen, jene so wichtigen Worte wegzulassen; auch sind dafür die Worte von Pomponius (auf welche Westenberg sich beruft) „Praetoris erunt partes, ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas"[18]) keineswegs beweisend. Es ist hier nämlich die Rede von einem unter einer Potestativbedingung eingesetzten Erben der mit der Erfüllung zögert (trahit conditionem). Einem solchen (sagt Pomponius) kann eben so gut eine Antretungsfrist gesetzt werden, wie dem unbedingt eingesetzten, oder: es kommt hier das Edict zur Anwendung, worin der Prätor anordnet, er werde erforderlichen Falls dem Erben eine

Bd. II. Nr. VII. — v. Buchholz über den Einfluß der Zeit auf Antretung, Transmission und Ausschlagung des Erben; in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. X. Nr. X. v. Vangerow Revision der neueren Theorieen über gesetzliche Deliberationsfrist; im Arch. für civ. Pr. Bd. XXII. Nr. VII. Hierzu zwei Recensionen (von Puchta und Arndts) in den krit. Jahrb. für deutsche R. W. herausg. von Richter und Schneider Jahrg. IV. Heft 1. S. 7—29.

16) L. 1. §. 1. D. *h. t.*

17) In den princ. jur. sec. ord. Dig. *h. t.* §. 2.

18) L. 23. §. 1. D. *de hered. inst.*

Antretungsfrist setzen. Nimmt man an, daß in dem Edict auch das regelmäßige Spatium von 100 Tagen ausgedrückt war, und es vollständig etwa so lautete: **Si tempus ad deliberandum petet, ad minimum centum dierum dabo,** — so wird der von Pomponius gewählte Ausdruck noch besser erklärt [19]. Der wahrscheinliche Zusammenhang ist folgender: Gedrängt von den Gläubigern oder sonstigen Erbschaftsinteressenten wird der Erbe vom Prätor (Richter) befragt: ob er die Erbschaft antreten wolle oder nicht [20]. Hierüber braucht er sich aber nicht sofort bestimmt zu erklären, sondern er kann sich eine Deliberationsfrist erbitten. Um die damit verknüpften Befugnisse zu erhalten, sucht der Erbe auch wohl unveranlaßt die Frist nach, oder umgekehrt, wenn er sich überall nicht einläßt, wird ihm auf Anhalten der Gläubiger eine Präjudicialfrist gesetzt [21]. Weniger als hundert Tage soll die Frist nicht betragen, wohl aber kann unter Umständen gleich Anfangs eine längere, aus sehr erheblichen Gründen auch eine wiederholte Frist ertheilt werden [22]. Erklärt der Erbe sich innerhalb der Frist überall nicht, so ist er von der Erbschaft ausgeschlossen, eben so, wie wenn er sie ausdrücklich ausgeschlagen hätte [23]. Es treten nunmehr die auf ihn fol-

19) Doch passen zu dieser Voraussetzung die Worte der L. 1. §. 2. D. *h. t.* nicht wohl.

20) L. 1. §. 12. in f. D. *de succ. edicto.* L. 9. C. *h. t.*

21) L. 23. §. 2. D. *de hered. inst.*

22) L. 1. in f. L. 2. L. 3. L. 4. D. *h. t.* (— — „sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa" —).

23) Dies ist freilich von Justinian abgeändert (L. ult. §. 14. C. *h. t.* Voet l. l. §. 3. Westenberg l. l. §. 8.); doch kann davon erst weiter unten (beim folg. §.) die Rede seyn.

genden Successoren an seine Stelle, nämlich die Substituten und in deren Ermanglung die Intestaterben, oder es kommt das Vermögen an die Gläubiger. Jenen ist aber auf gleiche Weise, wie den zuerst berufenen Erben, eine Frist zu bestimmen, oder (wie Marcellus sagt): „**Si plures gradus sint heredum institutorum, per singulos observaturum se ait Praetor id, quod praefiniendo tempore deliberationis edicit; videlicet ut a primo quoquo ad sequentem translata hereditate, quam primum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere**“ [24]).

Wie verhält sich nun aber dies Recht, dem Erben eine nur hunderttägige Deliberationsfrist zu bestimmen, zu den gesetzlichen Agnitionsterminen der **Bonorum possessio**? Da die **B. P.** Vielen nach einander angeboten war, und jedem an einer späteren Stelle Berufenen natürlich die ganze Frist wieder lief, so konnte es auf diese Weise sehr lange dauern, ehe die Gläubiger darüber in Sicherheit waren, an Wen sie sich zu halten hätten? Zwar lag in der **Agnitio bonorum possessionis** eine Erbschaftsantretung [25]), und, wie dies mindestens als wahrscheinlich angenommen werden kann [26]), der **Bonorum possessor** war zur Zahlung der Schuldforderungen wenigstens alsdann befugt, wenn sie liquide und unabweisliche waren. Jedenfalls aber mußte er sich als-

24) L. 10. D. *h. t.* L. 69. D. *de acq. her.* („Eveniet —, ut necessarium sit remedium Praetoris — — — circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitum neque adire hereditatem potest, neque pro herede genere“.)

25) L. 4. C. *unde legitimi.* (VI. 15).

26) S. oben Note 14.

dann auch im materiellen Besitze des Vermögens befinden (der ja nicht nothwendig mit der Impetrirung einer B. P. verbunden war), und wie nun, wenn Niemand die ihm angebotene B. P. nicht annahm? Gerade dieser Fall kommt hier hauptsächtlich in Betracht. Die dadurch veranlaßte Verzögerung des endlichen Resultats konnte um so größer, mithin für die sonstigen Erbschaftsinteressenten um so unbilliger seyn, als bekanntlich die Agnitionsfristen der B. P. tempora utilia sind. Man setze den Fall, der zunächst Berufene war ein filius suus. Dieser erwarb zwar die Erbschaft ipso jure, allein er durfte ja abstiniren und dies Recht war an eine bestimmte Frist nicht gebunden. In der agnitio bonorum possessionis lag die Erklärung, von dem beneficium abstinendi keinen Gebrauch machen zu wollen, von dem Recht zu agnosciren war er aber erst durch den vollen Ablauf des im Edict bestimmten Zeitraums ausgeschlossen. Nun konnte er, wenn auch für ihn, als nächsten Descendenten, der annus utilis abgelaufen war, in der folgenden Classe (unde legitimi) als nächster Agnat, und, wenn er sich auch hier versäumt hatte, in der dritten (unde cognati) als nächster Cognat die B. P. agnosciren, und zwar konnte er in jeder dieser Classen binnen einem annus utilis sein Recht geltend machen[27]), ja, falls er sich auch während des dritten Jahres nicht erklärte, wurde noch erst dem auf ihn folgenden nächsten Cognaten u. s. f.[28]) die B. P. angeboten. Mußten sich denn die Gläubiger

27) L. 1. §. 16. D. *de success. edicto.* L. 4. §. 1. D. *quis ordo in poss. serv.* (XXXVIII. 15).

28) Denn in dem ordo cognatorum fand eine graduum successio Statt; L. 1. §. 10. D. *de succ. edicto.*

eine solche Verzögerung gutwillig gefallen lassen, und hatte nicht auch hier der Prätor das Recht, eine präclusivische Deliberationsfrist zu bestimmen? Nach folgender Stelle scheint Letzteres verneint werden zu müssen: „Sane nonnumquam urgentibus creditoribus interrogandi sunt in jure, an sibi bonorum possessionem admittant, ut, si repudiare se dicant, sciant creditores, quid sibi agendum esset; *si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt*" [29]). Das Recht der Gläubiger scheint hiernach sich darauf zu beschränken, daß der Erbe veranlaßt werden kann, sich zu erklären, ob er Erbe werden wolle oder nicht; wenn er aber nicht bestimmt ausschlägt, sondern nur antwortet: er sei darüber noch mit sich nicht im Reinen (se deliberare), so müsse nunmehr das Ende der Agnitionsfristen ruhig abgewartet werden. Es lag hier so nahe, sollte man denken, hier zu bestimmen: will er nicht ausschlagen, so muß er eine Deliberationsfrist erbitten oder ihm eine solche gesetzt werden; das aber ist nicht geschehen, im Gegentheil deuten die Schlußworte darauf hin, daß es für genügend zu achten sei, wenn sie erklären, daß sie sich die Sache noch in Ueberlegung nehmen wollen. — Dennoch ist diese Ansicht juristisch ganz unmöglich. Kein Recht darf so ausgeübt werden, daß es ein Unrecht gegen Andere wird; was wäre das aber für ein Recht, nach welchem die Gläubiger genöthigt werden könnten, mit der Geltendmachung ihrer Forderungen so lange zu warten, bis es sich ausweist, daß Niemand mehr vorhanden ist, welcher noch eine B. P. agnosciren könnte! Es würde aber auch zu einem unauflöslichen Widerspruche führen, wollte man

29) L. 1. §. 12. *eod.*

jene Ansicht gelten lassen. Jeder Erbe, der testamentarische wie der Intestaterbe, konnte eine Bonorum possessio erhalten; dürfte man daher auch annehmen, daß das Edict über die Deliberationsfrist nur den heres (den Civilerben) betroffen habe, so müßte ja dieser doch jedenfalls auch sein Recht als Bonorum possessor haben geltend machen dürfen, wodurch denn alle und jede Wirkung der ihm gesetzten Deliberationsfrist von selbst vereitelt wäre. Zum Ueberfluß ist aber auch deutlich entschieden, daß das Recht auf Bonorum possessio die Anwendung unseres Edicts nicht ausschließe[30]. Hiernach kann es denn keinen Zweifel leiden, daß die Schlußworte der L. 1. §. 12. D. *de succ. ed.* („si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt") nur so auszulegen sind: sie sollen mit ihrer Erklärung nicht übereilt werden, — also sie brauchen nicht gerade sofort zu agnosciren, wenn sie nicht ausschlagen wollen, sondern hiezu ist ihnen noch eine den Umständen angemessene Frist zu setzen.

Da übrigens die Stelle von Eltern und Kindern spricht[31]), so könnte man auf die Idee kommen, daß

30) L. 23. §. 1. D. *de hered. instit.* „Sed si bonorum possessionem non admittat (nämlich der unter einer Potestativbedingung Eingesetzte), sed conditionem trahat, cui facile parere possit, — — Praetoris erunt partes, *ut imitetur edictum suum illud, quo praefinit tempus, intra quod adeatur hereditas*". Vgl. L. 23. §. 2—4. *eod.* und oben S. 191 fg. Nr. a—c.

31) Die Eingangsworte der L. 1. §. 12. D. *de succ. ed.* lauten also: „Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in ho-

für diese ein besonderes Recht gegolten habe, wonach der volle Ablauf der Agnitionsfristen habe abgewartet werden müssen [32]). Indessen wenn gleich Ascendenten und Descendenten vor anderen Erben durch die ihnen zugestandene längere Agnitionsfrist bevorzugt sind, so ist doch kein Grund vorhanden, ihnen den Erbschaftsgläubigern gegenüber ein Recht zuzugestehen, das andere Erben nicht haben. Auch ersehen wir aus einer Stelle, daß selbst die **sui heredes** ein weiter gehendes Recht nicht in Anspruch nehmen durften, sondern das Edict über die Deliberationsfrist auch auf sie angewandt wurde. Sie lautet so: „**Si quis suus heres, postquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat? magisque est, ut ex causa debeat impetrare, quum nondum bona venierint**" [33]). Der Sohn ist ipso jure Erbe geworden. Die Erbschaftsgläubiger drängen auf Zahlung und ergreifen Maaßregeln zu ihrer Sicherstellung und Befriedigung. Dem Erben scheint die Insolvenz noch zweifelhaft

norem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui paene ad propria bona veniunt; ideoque placuit, iis praestitui annum, scilicet ita moderate, ut neque ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem, neque bona diu jacerent".

32) Dies scheint auch die Ansicht des Scholiasten zu den Basiliken zu seyn, ed. FABROT. T. VI. p. 83. Schol. 4; welcher dazu wahrscheinlich durch die letzten Worte der in der voraufgehenden Note abgedruckten Stelle verleitet ist, die ja aber nur den Grund ausdrückt, weshalb überhaupt den Descendenten und Ascendenten eine längere Frist gesetzt ist.

33) L. 8. D. *h. t.*

und er kann sich daher nicht entschließen, der natürlichen Verlassenschaft schlechthin zu entsagen. In dieser Lage abstinirt er mit einem Vorbehalt, d. h. er erbittet eine Deliberationsfrist. Diese wird ihm ex causa gegeben, d. h. wenn Gründe vorhanden sind, anzunehmen, daß sich ein Concurs noch wohl vermeiden lasse, und, wie sich von selbst versteht, wenn das Vermögen nicht schon von den Gläubigern verkauft ist[34]). Wie ganz anders würde sich der Jurist ausgedrückt haben, wenn der Erbe sich darauf hätte berufen dürfen, daß die zur Agnitio bonorum possessionis im Edict vorgeschriebene Frist noch offen stehe. — Daß übrigens die Abstention vor der Nachsuchung einer Deliberationsfrist erklärt werden muß, ist ganz in der Ordnung. Denn es ist in sich widersprechend, daß Der, welcher eigentlich schon Erbe ist, erst eine Frist erbitten soll, binnen welcher er zu erklären habe, ob er Erbe werden wolle, oder nicht; um die juristische Consequenz zu retten, bleibt daher kein anderer Ausweg übrig, als die Abstention unter dem Vorbehalt, innerhalb einer bestimmten Zeit die Erbschaft noch erwerben zu dürfen[35]).

Die Schlußworte der zuletzt erklärten Stelle enthalten auch einen Beleg zu dem sich gleichfalls wohl von selbst verstehenden Satz: daß bei wirklich vorhandener Insolvenz oder wenn auch nur dringender Verdacht einer Insolvenz vorliegt, die Gläubiger zu concursmäßigen

34) Denn selbst ein Minderjähriger wird gegen die Ausschlagung der Erbschaft nicht mehr restituirt, wenn dieselbe bereits veräussert ist; L. 24. §. 2. D. *de minorib.* (IV. 4).

35) S. *Ant.* Faber Error. Pragmat. Dec. XXXIV. Err. VI. Nr. 4. sqq.

Einleitungen schreiten dürfen, und es selbst zur Veräusserung des Nachlasses kommen könne, wenn nicht dem Erben eine Deliberationsfrist ertheilt wird. Diese nachzusuchen liegt eigentlich ihm ob, wie auch die Fassung des Edicts zur Genüge ergiebt. Allein meistens werden wohl die Gläubiger es in ihrem Interesse finden, eine Erklärung des Erben und eventuell die Bestimmung einer Deliberationsfrist durch den Richter zu veranlassen. Jedenfalls hat die Anordnung einer solchen Frist die Wirkung, daß die Gläubiger während derselben zu definitiven Maaßregeln nicht schreiten, auch den Erben nicht beunruhigen dürfen, und daß dieser inzwischen sich von dem Bestand der Masse und der Schulden Kenntniß verschaffen, zu diesem Behufe daher auch die erbschaftlichen Papiere einsehen und solche selbst von dem dritten Inhaber fordern darf [36]. Denn, wie Aristo sagt: „non solum creditoribus, sed et heredi instituto Praetorem subvenire debere, hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediat, necne, agnoscere hereditatem“ [37]; was sonst geschehen kann oder muß, hängt von der Sachlage und den dadurch motivirten Anträgen der Gläubiger ab. Ist der Erbe im Besitz und treten auch keine besonderen Gründe ein, ihm diesen zu nehmen, oder ihm wenigstens einen curator massae beizuordnen, so kann er nach vorheriger Anzeige bei der competenten Behörde (adito Praetore) Sachen veräussern, die leicht

36) L. 28. D. *de acq. her.* „Aristo existimat, Praetorem aditum facultatem facere debere heredi, rationes defuncti ab eo petere, penes quem depositae sunt, deliberanti de adeunda hereditate“.

37) L. 5. pr. D. *h. t.*

dem Verderb ausgesetzt sind (Feldfrüchte, Wein, Oel u. s. w.), auch solche, deren Erhaltung mit besonderen Kosten verknüpft ist, oder die in dem Laufe der Zeit etwas von ihrem früheren Werthe verlieren (wie: verkäufliche Sclaven und Thiere) veräussern, und ist selbst verpflichtet, die Schulden zu zahlen, deren längere Fortdauer die Masse zu sehr belästigt, oder mit neuen Schulden beschwert, oder ihr werthvolle Objecte entzieht —: „praeterea curaturus, ut aes alienum quod sub poena vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur“ [38]). Daß er, wo eigentlich periculum in mora vorhanden ist, Verwaltungshandlungen dieser und anderer Art [39]) vornehmen und selbst Schulden contrahiren dürfe (z. B. einer nothwendigen Reparatur halber, um

38) L. 5. §. 1. D. *h. t.* — Der Vorwurf einer Tautologie, welchen hier Noodt (Probabil. jur. III. c. 10) dem Juristen macht, darf allerdings mit *Chr.* Waechtler (opusc. p. 329. sq.) als unbegründet zurückgewiesen werden, da der erste Satz: res, quae ex tractu temporis deteriores fiunt, sich füglich auf die oben genannten, leicht dem Verderb ausgesetzten Sachen beziehen lassen, die folgenden Worte: ea, quae mora deteriora fiunt, auf andere Effecten, deren Werth durch Zeitablauf vermindert zu werden pflegt. Hinreichend genau und bestimmt ist aber Ulpians Rede hier immer nicht; so läßt er es zweifelhaft, ob nur in Beziehung auf die zuerst genannten Veräusserungen der Prätor gefragt werden müsse, oder überhaupt? Letzteres ist übrigens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, da in den zuerst erwähnten Fällen wohl am häufigsten eine Veräusserung nothwendig seyn wird, wogegen sonstige Veräusserungen und Verwaltungshandlungen schon bedenklicher erscheinen.

39) Z. B. Vornahme von Reparaturen u. s. w. arg. L. 7. §. 3. D. *h. t.*

die Bestattung der Leiche des Erblassers besorgen zu können, u. dgl. m.), darf nicht bezweifelt werden. Ausser aller Verantwortlichkeit ist er freilich deshalb nicht, daß er Handlungen vornimmt, welche vorzunehmen ihm gestattet ist, denn, wenn (in der L. 5. §. 1. *h. t.*) es heißt: „potest is, qui deliberat, *sine praejudicio* eas (res) justis pretiis vendere" u. s. w., so heißt dies nur: es soll dies nicht als stillschweigende Uebernahme der Erbschaft (pro herede gestio) angesehen werden [40]. Uebrigens ist ausdrücklich bestimmt, daß, wenn ein Geldaufwand nöthig ist und dazu die vorräthigen Gelder oder der Erlös aus sonstigen Fungibilien nicht hinreichen, ausstehende Forderungen eincassirt werden sollen, oder wenn diese nicht vorhanden sind (oder doch nicht exigibel), zum Verkauf der entbehrlicheren Sachen geschritten werden dürfe [41].

Ist aber der Erbe nicht schon im Besitze, so wie, wenn sonstige Umstände dies nöthig und rathsam machen, so wird eine Curatel angeordnet: „Dum deliberant heredes instituti adire, bonis a Praetore curator datur" [42], auch wohl eine missio in bona für die Gläubiger verfügt [43]. Daß der Massencurator in drin-

40) arg. L. 20. §. 1. D. *de acq. her.* — *H.* Donellus l. l. §. 8.

41) L. 6. D. *h. t.*

42) L. 3. D. *de curat. fur. et aliis extra minores dandis* (XXVII. 10).

43) L. 9. §. 1. D. *quib. ex caus. in poss. eatur.* (XLII. 4). „Si alter ex heredibus intra tempora sibi praestituta deliberet adire hereditatem, alter vero neget se aditurum, videndum est, quid creditoribus agendum sit. Et *placet*, *interim eos*

genden Fällen veräussern, Schulden zahlen und andere dem Vermögen vortheilhafte Administrationshandlungen vornehmen darf, versteht sich von selbst und ist auch in unseren Quellen anerkannt[44]). Besonderen Beschränkungen ist aber dies Verfügungsrecht in dem Falle unterworfen, wenn Namens eines unmündigen Erben ein spatium deliberandi erbeten wird. Hierauf bezog sich ein eignes Edict, welches so lautete: *„Si pupilli pupillaeve nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat eum hereditatem retinere* (d. h. um inzwischen überlegen zu können, ob die Annahme der Erbschaft ohne Nachtheil erfolgen dürfe), *et hoc* (spatium deliberandi) *datum sit, si justa causa esse videbitur: bona interea diminui, nisi si causa cognita boni viri arbitratu, vetabo"* [45]). Also: ohne eine förmliche causae cognitio soll hier eine Veräusserung überall nicht Statt finden, und die Cognition soll darauf gerichtet seyn, ob die Veräusserung nothwendig und unvermeidlich sei, und gleichen Beschränkungen unterliegt auch die Be-

in possessionem mittendos custodiae causa, donec appareat, is, qui deliberat, utrum agnoscat partem suam, an non agnoscat".

44) So namentlich in L. 23. §. 2. in f. u. §. 3. D. *de hered. inst.* Vgl. oben S. 192. Nr. b. und dazu die Note 12). Der L. 5. §. 1. D. *h. t.* dürfen aber diese Befugnisse nicht zugeschrieben werden, wie SCHULTING in not. ad *h. l.* (T. V. p. 107) meint, welcher glaubt, daß hier die Worte: „curator, qui bonis datur" ausgefallen seien, da doch die Stelle ausdrücklich von dem deliberirenden Erben spricht.

45) L. 7. pr. D. *h. t.* — Vgl. DUARENUS in comment. ad h. t. Cap. 2. p. m. (opp. Frf.) 425.

zahlung von Schulden und die Vornahme anderer Administrationshandlungen: „In causae autem cognitione hoc vertitur, an justa causa sit, ut diminuere Praetor permittat; ergo et funeris causa diminui permittet, item eorum, quae sine piaculo non possunt praeteriri (d. h. was ohne Unrecht, Sünde und Verbrechen nicht unterbleiben darf); vescendi gratia (der Alimentation halber) aeque diminui permittet. Sed et ubi urget, ex aliis quoque causis permittere eum oportet: ut aedificia sarciantur, ne agri inculti sint, si qua pecunia sub poena debetur, ut restituatur, ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque justis causis Praetor aditus diminutionem permittet, *neque enim sine permissu ejus debet diminutio fieri*“ [46]). Ausdrücklich ist noch hervorgehoben, daß das Veräusserungsverbot auch auf Eincassirung ausstehender Forderungen gehe [47]), d. h. aber ebenfalls nur: nicht ohne eine causa cognitio wird die Geltendmachung von Forderungen gestattet.

Es wurde oben (zur Note 24) bemerkt, daß nach Ablauf der Deliberationszeit, oder Ausschlagung der Erbschaft, die Substituten und Intestaterben an des Ausgeschlossenen Stelle treten, oder das Vermögen den Gläubigern zum Verkaufe überlassen werde. Ersteres ist unbedingt der Fall, wenn nur auf den Antrag der sonstigen Erbschaftsinteressenten die Bestimmung einer Deliberationsfrist veranlaßt wird. Geschieht dies auf die Instanz der Gläubiger, so kommt es darauf an, ob dadurch hauptsächlich nur bezweckt wird, eine Gewißheit darüber

46) L. 7. §. 3. D. h. t.

47) L. 7. §. 2. D. h. t.

zu erhalten, an wen man sich der Zahlung halber zu wenden habe, oder ob die Sachlage von der Art ist, daß concursmäßige Einleitungen nöthig erscheinen. In jenem Falle bleibt den Substituten u. s. w. ihr Antretungs- und Deliberations-Recht (s. Note 24); in diesem aber pflegte in dem Deliberationsdecret das Präjudiz gestellt zu werden: **nisi hereditas intra certum tempus adita fuerit, se bona defuncti creditoribus possidere jussurum** [48]), in welchem Falle die Substituten nur gegen hinreichende Sicherheitsbestellung noch zugelassen werden konnten [49]).

§. 1467.

Veränderungen unter Justinian in Beziehung auf das Antretungs- und Deliberations-Recht der Erben.

Gesetzliche Deliberationsfristen gab es bis auf Justinian entschieden nicht; denn die Agnitionsfristen der **Bonorum possessio** können nicht als eigentliche **spatia deliberandi** betrachtet werden, obgleich sie mit den testamentarischen und obrigkeitlichen Deliberationsfristen das gemein haben, daß, wenn der Berufene sich innerhalb derselben nicht erklärt, er von der Erbschaft ausgeschlossen ist. Ob nun aber nicht durch Justinian eine gesetzliche Deliberationsfrist eingeführt sei? war wenigstens bis vor Kurzem noch sehr streitig. Von Justinians Gesetzen kommen hier hauptsächlich zwei in Betracht: die **L. 19. Cod.** *de jure deliberandi* aus dem Jahre 529 und die **L. ult. (22)** *eod.*, aus dem Jahre 531. In demsel-

48) **arg. L. 23. §. 2. D.** *de hered. inst.*

49) **arg. L. 31. D.** *de reb. auct. jud. possid.* **(XLII. 5.)**

ben Jahre, kurz vor der zuletzt angeführten Constitution, erschien eine Verordnung dieses Kaisers, welche, als lex specialis, zwar nicht benutzt werden darf, um daraus eine allgemeine Regel zu abstrahiren, doch aber hieher gehört, theils weil sie bestimmt, daß in einem gewissen Falle der Erbe nach Ablauf einer bestimmten Zeit nicht mehr das Recht habe, die Erbschaft auszuschlagen, theils weil sie mittelbar auch zur Erklärung der vorzugsweise hier in Betracht kommenden Verordnungen benutzt werden kann. Es ist dies die L. 36. §. 2. C. *de inoffic. test.* (III. 28.), worin Folgendes geordnet worden: wenn gegen ein Testament die querela inofficiosi test. erwartet werden könne, so solle der eingesetzte Erbe sich binnen 6 Monaten, oder einem Jahre (je nachdem er mit dem zur Querel berechtigten Notherben in derselben Provinz wohne, oder nicht), angerechnet vom Tode des Erblassers, erklären, ob er die Erbschaft antreten oder ausschlagen wolle; geschehe dies nicht, so solle er vom Richter zur Antretung gezwungen werden. Diese Bestimmung hat darin ihren Grund, daß die Inofficiositätsquerel gegen den eingesetzten Erben zu richten ist [50]) und die Verjährung derselben erst von der Zeit des Erbschaftsantritts anfängt zu laufen [51]); eine möglichst schnelle Entscheidung darüber: ob es überall der Querel bedürfe und gegen Wen sie zu richten sei? schien also hier besonders wünschenswerth. Uebrigens ist hierbei an das

50) L. 8. §. 10. D. *de inoff. test.* (V. 2.) — — „quoniam ante aditam hereditatem nec nascitur querela“.

51) Die Ansicht von Herennius Modestinus, nach welcher der Lauf der Verjährung bereits unmittelbar nach dem Tode des Erblassers beginnen soll, wird von Justinian verworfen; L. 34. in f. L. 36. §. 2. C. *de inoff. test.*

Verhältniß des Erben zu den Gläubigern und Vermächtnißnehmern zunächst überall nicht gedacht, sondern nur an das zu dem Notherben; man kann daher das, was in dem Gesetze über den Zwang zum Antreten gesagt ist [52]), auch so ausdrücken: der eingesetzte Erbe ist genöthigt, sich auf die Inofficiositätsquerel einzulassen; freilich aber folgt daraus von selbst, daß, wenn etwa der Querulant abgewiesen wird, der Beklagte in aller Hinsicht als der wahre Erbe zu betrachten ist [53]).

Betrachten wir jetzt die L. 19. u. 22. C. *de jure delib.* und die dadurch veranlaßten Controversen etwas näher. Soviel ist ausgemacht, daß die erste ein ausserordentliches Transmissionsrecht für die Erben Desjenigen, welchem durch Testament oder Gesetz ein Erbrecht deferirt ist, eingeführt hat. Sie bestimmt nämlich: wenn der Erbe binnen Jahresfrist, angerechnet von dem Zeitpunct des erfahrnen Anfalls, mit Tode abgehe, ohne sich über den Erwerb oder die Ausschlagung erklärt zu haben, so sollen seine Erben die Erbschaft während der, von dem Jahre noch übrigen Zeit erwerben dürfen. Die zweite Constitution führt das s. g. beneficium inventarii ein: es kann der Erbe die Erbschaft sofort antreten, ohne alle Gefahr und Nachtheile (d. h. seine erbschaftlichen Verpflichtungen gehen nicht über den Bestand der Erbmasse hinaus), wenn er innerhalb der im Gesetze bestimmten

52) v. Buchholtz (Zeitschr. für Civilr. u. Proceß Bd. X. S. 433) sagt: trete der eingesetzte Erbe binnen der genannten Zeit nicht an, so werde angenommen, er habe angetreten; aber in dem Gesetz heißt es ausdrücklich: per officium judicis heredem scriptum compelli hoc facere (sc. adire).

53) v. Buchholtz a. a. O. S. 431. fg.

Zeit und unter Beobachtung der gesetzlichen Form ein Inventar errichtet; ausserdem verschafft ihm die Inventarisirung noch besondere Vortheile, von denen hier noch nicht zu reden ist (s. darüber §. 1469). Regelmäßig muß das Inventarium innerhalb dreißig Tagen von der Zeit des erfahrnen Anfalls angerechnet, begonnen und binnen anderweitigen 60 Tagen vollendet werden; ist er nicht an dem Orte anwesend, wo sich die Erbschaft oder der größere Theil derselben befindet, so giebt das Gesetz ihm im Ganzen ein Jahr, angerechnet vom Tode des Erblassers, zu der Anfertigung des Inventars [54]). Einer besonderen Deliberationsfrist bedarf es hiernach nicht mehr, da das Inventar den Erben hinreichend sicher stellt. Indessen will der Kaiser das frühere Recht des Erben, sich eine Deliberationsfrist zu erbitten, nicht ganz abgeschafft haben [55]), sondern es darf der Erbe auch eine solche nachsuchen, möge er dabei von übertriebener Besorgniß, oder von einem andern Motiv geleitet seyn [56]); sucht er sie beim Kaiser nach, so kann ihm eine jährige, wenn beim Richter, eine neunmonatliche, in jedem Falle aber nur eine einmalige ertheilt werden [57]). Dabei macht es nun wieder einen erheblichen Unterschied, ob er ein Inventar er-

54) Die besonderen Streitigkeiten der Neueren über diese Zeiträume können erst beim folgenden §. (1468) erwogen werden.

55) L. 22. §. 13. C. *h. t.* — „ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemtores“ —.

56) *Ibid.* — „quia quidam, vel vana formidine, vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant“ —.

57) *Ibid.* „Semel enim et non saepius eam peti concedimus“. — Vgl. unten die Note 5. der folg. Centurie.

richtet, oder nicht; jedoch gewährt ihm das Inventar nicht die vollen Vortheile, welche damit verbunden sind, wenn er ohne eine Deliberationsfrist zu erbitten, sofort antritt. Wer nämlich innerhalb der Deliberationsfrist die Erbschaft entweder antritt, oder doch nicht ausschlägt, muß die Gläubiger zu voll befriedigen, hätte er gleich ein Inventar errichtet; nur das Recht, die Falcidische Quart von den Legaten abzuziehen, kann er sich durch das Inventar erhalten, wogegen, wenn ein solches nicht aufgenommen ist, die Vermächtnisse ohne Abzug der Quart zu entrichten sind. Schlägt er die Erbschaft vor Ablauf der Frist aus und es ist ein Inventar errichtet, so restituirt er nach demselben die Erbmasse den Gläubigern oder den sonstigen Erbschaftsinteressenten; versäumte er dagegen die Errichtung eines Inventars, so erfolgt die Restitution nach dem Würderungseide der Interessenten, jedoch mit Vorbehalt richterlicher Ermäßigung [58]).

Beide Constitutionen leiden in hohem Maaße an den bekannten Gebrechen der Gesetze aus der späteren Kaiser-Zeit. Der Ausdruck entspricht nur sehr unvollkommen dem Gedanken, ja dieser wird fast erstickt und unkenntlich gemacht durch bloße Nebenvorstellungen, die sich allenthalben vordrängen und nur zu leicht den Ausleger verleiten, etwas ganz anderes in dem Gesetze zu finden, als was eigentlich gesagt werden sollte. Daher erklärt sich von selbst die große Verschiedenheit der Ansichten über den Inhalt beider Constitutionen, so wie der Meinungswechsel bei den nämlichen Schriftstellern [59]). — Haupt-

58) L. 22. §. 14. C. h. t.

59) Als Beispiele hievon führe ich nur den Aufsatz von Thibaut an, in den Versuchen Bd. II. Abh. VII. nebst dem

sächlich dreht sich hier Alles um die Frage: Hat Justinian in der L. 19. C. *h. t.* nur ein Transmissionsrecht für die Erbes-Erben eingeführt, oder eine gesetzliche Deliberationsfrist von einem Jahre? In neuester Zeit auch um die früher wenig beachtete Aeusserung [60]) in der L. ult. (22.) §. 1. *eod.* — „si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime *intra trium mensium spatium*, ex quo ei cognitum fuerit, scriptum se

Zusatz zur zweiten Aufl. S. 183. fg., und meine eignen Lehrbücher. Ich schäme mich nicht zu gestehen, meine Meinung drei Mal geändert zu haben. M. vgl. die drei ersten Auflagen der doctrina Pand. (§. 695 d. 3. Aufl.), die beiden ersten deutschen Bearbeitungen (§. 695. der ersten, §. 703. d. 2. Aufl.) und die neuesten Auflagen der doctr. Pand. und des Pandektenrechts §. 703. Schon bei der Bearbeitung dieses Gegenstandes in der zweiten deutschen Aufl. war ich geneigt, mich für die in der neuesten Aufl. ausgesprochene Ansicht zu erklären, indessen doch darüber noch nicht völlig mit mir im Reinen, und mit Recht bemerkt Vangerow (Arch. für civ. Pr. Bd. XXII. S. 154. Note 8.), daß dort ein Schwanken meiner Meinung sichtbar sei. Allein welcher redliche Forscher mag hier überhaupt von Gewißheit sprechen? In zweifelhaften Dingen nutzt der Skeptizismus, nicht blos der Wissenschaft, sondern auch denen, die erst lernen sollen, mehr, wie ein starres Festhalten an einmal verfochtenen Meinungen.

60) Die Dogmatiker und die meisten Interpreten übergehen sie ganz, und wenn ihrer gedacht wird (wie z. B. in der Accursischen Glosse und Oosterga in Cod. *h. l.* p. 263), so scheint man früher doch nicht gefühlt zu haben, wie wenig sich irgend eine der bekannten Ansichten über beide Gesetze und deren Verhältniß zu einander mit rein buchstäblicher Interpretation jener Worte vertrage. Uebr. s. unten Note 89. der folg. Centurie.

esse vel vocatum heredem, ei renuntiet, nullo nec inventario faciendo, nec alio circuitu exspectando, *sit alienus ab hereditate*" [61]). Es fragt sich hierbei nämlich: sind diese drei Monate als eine gesetzliche Frist zu betrachten, binnen welcher die Erbschaft entweder angetreten, oder ausgeschlagen, oder etwa ein spatium deliberandi erbeten werden muß? Um eine klarere Uebersicht des Resultats zu gewinnen, scheint es angemessen, bei der jetzt folgenden Erörterung der ersten Hauptfrage jene Worte einstweilen ganz zu ignoriren.

Schon unter den Glossatoren wurde darüber gestritten, ob die L. 19. C. *h. t.* ein gesetzliches spatium deliberandi eingeführt habe? Placentinus bejaht die Frage; er nimmt an, daß nach Ablauf eines Jahres, vom Tage des erfahrnen Anfalls angerechnet, der Erbe selbst ausgeschlossen werde; die L. 9. C. *eod.* aber, worin bestimmt ist, so lange dem Erben keine Deliberationsfrist von der Obrigkeit gesetzt sei, könne er noch zu jeder Zeit ausschlagen oder antreten, müsse von einem suus heres verstanden werden. Johannes Bassianus und Azo dagegen finden in der L. 9. C. *cit.* eine für alle Erben geltende Regel, wovon nur die L. 36. §. 2. C. *de inoff. test.* (s. oben den Text zu den Noten 50—53) eine Ausnahme mache; die L. 19. C. *h. t.* sei lediglich von einer Transmissionsfrist für die Erbes-Erben zu verstehen [62]). In der Accursischen Glosse wird diese Ansicht

61) Von abweichenden Lesarten wird weiter unten die Rede seyn.

62) S. Haenel Dissensiones dominorum, in *Hugolino* §. 289. p. 455—457.

gebilligt [63]), welche auch lange Zeit die gemeine Meinung blieb [64]), so daß die entgegenstehende von den Dogmatikern der folgenden Jahrhunderte oft nicht einmal erwähnt wird [65]). Besonders aber seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts scheint die Theorie von einem gesetzlichen spatium deliberandi vorherrschend geworden zu seyn [66]), jedoch streiten die Anhänger derselben wieder theils über die Wirkung des ohne Erklärung des Erben erfolgten Ablaufs der Frist, theils über das desfallsige Verhältniß der L. 19. C. *h. t.* zu der L. ult. *eod.* Was den ersteren Punct anbetrifft, so sind die Meisten der Meinung, daß der Erbe, welcher sich innerhalb der Frist nicht erklärt, von der Erbschaft ausgeschlossen werde; Andere knüpfen daran nur die Folge, daß er sich jetzt sofort erklären müsse, ob er Erbe werden wolle, oder nicht, ein weiteres spatium deliberandi ihm aber nicht zu ertheilen sei [67]). Eine besondere Meinung, daß nämlich nach Ablauf der Frist der Erbe zwar von den Substituten und Intestaterben ausgeschlossen werden könne, aber zum Vortheile der Creditoren als Erbe angesehen werden müsse, —

63) S. Gl. *meruerit* in f. u. Gl. *beneficio* ad L. 19. C. *h. t.*

64) S. *Hugo* Donellus comment. ad L. 19. C. *h. t.* p. m. (ed. Erf.) 454. Brunnemann ad Cod. *h. l.*

65) Ein gesetzliches spatium deliberandi nimmt jedoch Voet an, in comment. ad *h. t.* §. 2. Auch Perez comment. in Cod. *h. t.* nr. 2., wogegen er ebendas. Nr. 7. es zu verwerfen scheint.

66) Sie wird insonderheit auch von Thibaut in der angef. Abhandl. vertheidigt.

67) Koch Diss. cit. (de herede deliberante) §. 8. u. 14.

ist in Beziehung auf die *L.* 19. *C. h. t.* schwerlich von irgend Einem vertheidigt, sondern ihre Annahme[68])

68) Thibaut (a. a. O. S. 167. d. 2. A.) referirte die (nachher zu erwähnende) Höpfnersche Meinung so: „wenn der Erbe nicht gedrängt wird, so gilt auch noch nach L. 19. C. cit. das alte Recht. Wird er aber gedrängt, so muß er sich vom Tage der Wissenschaft an innerhalb einem Jahre erklären; thut er dies nicht, so wird er *eo ipso* (zum Vortheil der Creditoren) als Erbe betrachtet". v. Vangerow macht (bei Aufzählung der verschiedenen Theorien) hieraus den Satz: „Viele (?) behaupten, nach L. 19. C. *cit.* müsse der berufene Erbe nothwendig innerhalb Jahresfrist ausschlagen. Thue er dies nicht, so werde er als Erbe angesehen, und habe nicht mehr die Befugniß sich von der Erbschaft loszumachen". (Arch. für civ. Pr. XXII. S. 153). Ihm folgt Puchta (angef. Rec. in den Richterschen Jahrb. 1840. S. 8.), indem er sagt: „In L. 19. C. *de jure delib.* behauptet Höpfner, mit einer Anzahl Autoritäten, ist eine gesetzliche Deliberationsfrist von einem Jahre eingeführt, mit der Wirkung, daß der Erbe, wenn er innerhalb dieser Frist nicht ausschlägt, *ipso jure* Erbe wird". Dies zu behaupten, ist aber Höpfnern nie in den Sinn gekommen. Genauer referirt übrigens Vangerow Höpfners Meinung S. 164., allein immer doch noch so, als ob Höpfner angenommen habe, daß der Erbe, wenn er von den Gläubigern gedrängt werde, nach Ablauf der jährigen Frist, nicht mehr ausschlagen könne; ausdrücklich aber bezieht Höpfner diese Wirkung nur auf die erbetene oder verlängerte Frist. — Weiter geht allerdings Konopak (Instit. §. 422. d. 1. Aufl.), indem er die Meinung ausspricht, daß der Erbe, wenn er die gesetzliche Frist ohne Erklärung oder Verlängerungsgesuch verfliessen lasse, zum Besten der Gläubiger als Erbe angenommen werde; aber auch er geht hierbei von der

beruht wohl auf einem Mißverständnisse. Manche Schriftsteller, unter Anderen Höpfner [69]), mengen in ihren Darstellungen beide Gesetze durcheinander. Der eben gedachte Schriftsteller nun (welcher überhaupt nur für den Fall, wenn der Erbe gedrängt wird, das gesetzliche spatium deliberandi eintreten läßt) räumt dem Erben das Recht ein, aus hinreichend begründeten Ursachen ausser der gesetzlichen Frist noch eine besondere beim Kaiser oder dem Richter nachzusuchen, und wenn diese ohne Erklärung verflossen ist, sollen entweder die Substituten oder Intestaterben an des Erben Stelle treten, oder die Gläubiger verlangen können, daß die Erbschaft für angetreten gelte, — Ersteres, wenn die Substituten und Intestaterben, Letzteres, wenn die Gläubiger auf Erklärung gedrungen haben; offenbar hat Höpfner hierbei die Bestimmung der **L. 22. §. 14. C.** *h. t.* (s. Note 58) vor Augen. Gäbe es nun aber eine solche Meinung, nach welcher der Erbe, wenn er nicht innerhalb Jahresfrist ausschlägt, sich nicht mehr von der Erbschaft lossagen dürfte, so würde sie doch entschieden unrichtig seyn. Denn ganz abgesehen davon, daß auch nach früherem Rechte der Erbe, welcher sich während des spatium deliberandi gar nicht erklärte, von der Erbschaft ausgeschlossen wurde [70]), so läßt sich jene Meinung buchstäblich durch die Worte der **L. 19. C.** *h. t.* selbst widerlegen, d. h.

Voraussetzung aus, daß der Erbe gedrängt sei. S. die Note ebendas.

69) Commentar §. 548. Eben so Konopak am angef. Orte.

70) Das Gegentheil nahm freilich noch Thibaut an, a. a. O. S. 168. S. indessen die Bemerkung Vangerow's a. a. O. S. 152. Note 4.

wer in ihnen die Anordnung einer gesetzlichen Deliberationsfrist findet, der muß auch zugeben, daß nach derselben der Erbe ausgeschlossen sei, wenn er sich innerhalb derselben nicht erklärt: „Si enim ipse (heißt es nämlich), postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, *annali tempore translapso nihil fecerit*, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, *is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur*". Es muß hiernach aber auch jede Ansicht, welche davon ausgehend, daß die jährige Frist überhaupt auf den Erben zu beziehen sei (möge man sie Deliberationsfrist nennen, oder nicht), die Ausschließung des Erben nach Ablauf derselben nicht gelten lassen will, inconsequent und grundlos erscheinen; die Kochsche sowohl, welche jetzt noch eine wirksame Erklärung des Erben zuläßt, als die Höpfnersche, wonach der Erbe noch eine Fristverlängerung erhalten und wenn auch diese ohne Erklärung verflossen ist, wenigstens alsdann, wenn die Gläubiger ihn drängten, die Erbschaft anzunehmen genöthigt werden kann[71]). Ob und inwieferne sich ein solches Resultat aus **L. 22. §. 14.** *cit.* ableiten lasse? ist hier noch nicht zu erörtern. Jedenfalls aber verdient die besonders auch von Thibaut vertheidigte Ausschließungstheorie den Vorzug, soferne man lediglich auf die **L. 19. C.** *cit.* fußt und von der Voraussetzung ausgeht, daß hierin eine auch den Erben selbst betreffende einjährige Frist angeordnet sei. — Fragen wir nun hiernächst, wie nach dieser Voraussetzung (welche wir einst-

71) Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 164—168.

weilen noch als wahr gelten lassen wollen) das Verhältniß der L. 19. C. zu der L. 22. (ult.) *h. t.* zu bestimmen sei? Die verschiedenen Ansichten hierüber lassen sich der Hauptsache nach (und abgesehen von der in L. 22. §. 1. cit. enthaltenen Bestimmung über die drei Monate) auf zwei zurückführen: nach der einen besteht neben der gesetzlichen Deliberationsfrist von einem Jahre noch eine vom Kaiser oder vom Richter zu erbittende; nach der zweiten hat die L. 22. C. cit. das gesetzliche spatium deliberandi ganz aufgehoben.

Die Vertheidiger der ersten Ansicht sind wiederum unter sich uneins, sowohl über die Zeit, binnen welcher die Frist zu erbitten ist, als auch über den Zeitpunct, von welchem an die erbetene Frist läuft. Am consequentesten ist hier die Meinung Thibauts, welche dahin geht: so lange der Erbe den Anfall noch nicht erfahren hat, kann er zu jeder Zeit antreten, bis er etwa durch Verjährung ausgeschlossen ist; wird er jedoch von den Erbschaftsinteressenten gedrängt, so muß er sich nunmehr sofort erklären, oder um ein tempus deliberandi bitten. Dann ist ihm vom Regenten eine Frist von einem Jahre, vom Richter eine neunmonatliche Frist a die decreti zu bewilligen. Erklärt er sich binnen derselben nicht, so wird er zum Vortheile Derer, welche es verlangen (nach Maaßgabe der L. 22. §. 14. *h. t.*) als Erbe oder als Nichterbe behandelt. In diesem Falle ist mithin überall nicht die Rede von einem gesetzlichen spatium deliberandi. Kennt dagegen der Erbe den Anfall und es ist ein Jahr vom Augenblick der Wissenschaft verflossen, ehe er eine Deliberationsfrist beim Kaiser oder beim Richter nachgesucht hat, so kann er keine weiteren Ansprüche an die Erbschaft machen. Wird er aber inzwischen ge-

drängt, so muß er sich gleich erklären, oder eine Deliberationsfrist erbitten, welche stets a die decreti läuft; er ist aber auch befugt, ohne gedrängt zu seyn, ein spatium deliberandi mit gleicher Wirkung nachzusuchen, nur muß dies vor Ablauf der gesetzlichen Frist geschehen, indem er sonst ein für allemal ausgeschlossen ist. Man darf also nicht mit Höpfner annehmen, daß der Erbe stets ein Deliberationsjahr, nach dem Gesetze, und außerdem noch eine Frist von einem Jahre oder neun Monaten habe, eben so wenig aber mit Koch, daß der Regent oder Richter die Zeit, wo der Erbe den Anfall kannte, mit in die erbetene Deliberationsfrist einrechnen müsse, sondern das Deliberationsdecret ist immer maaßgebend für den Zeitpunct, von welchem an die Frist läuft, mag er kurz nach Anfang oder kurz vor dem völligen Ablauf der gesetzlichen Frist ein tempus deliberandi erbitten; geschieht das Letztere, so kann es immer der Fall seyn, daß er beide Fristen, nämlich die gesetzliche und die erbetene vollständig hat, wenn nämlich das Decret mit oder wohl gar erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist erfolgt[72]). — In der That ist diese Theorie nicht nur consequent, sondern man darf auch sagen, daß sie mit den Bestimmungen, welche die L. 22. direct über das *jus deliberandi* enthält, durchaus in keinem Widerspruche steht[73]). Das Gesetz sagt: der Erbe soll auf sein Ansuchen eine Frist von 1 Jahr oder 9 Monaten erhalten; damit verträgt es sich sehr wohl, daß er dies alsdann nicht mehr darf, wenn er ein Jahr nach erfahrnem Anfall ohne alle Erklärung hat verfließen lassen.

72) Thibaut a. a. O. S. 178—182.

73) Ob auch nicht mit anderen Bestimmungen dieses Gesetzes? mag hier noch auf sich beruhen bleiben.

Indessen sind die meisten Vertheidiger der gesetzlichen Deliberationsfrist der Meinung, daß die L. 22. cit. nicht bloß neue Bestimmungen enthalte, sondern indirect dadurch einem Theile des Inhalts der L. 19. cit. derogirt werde. In wie weit? ist ebenfalls wieder streitig, und man kann hierbei wiederum drei verschiedene Meinungen unterscheiden: nach der einen ist nur die Transmissionszeit dadurch modifizirt, indem dieselbe nicht mehr schlechthin ein Jahr vom Tage des erfahrnen Anfalls betragen, sondern nur die von der erbetenen Deliberationsfrist noch übrige Zeit dem Erbeserben zu gute kommen soll[74]); nach der zweiten ist umgekehrt zwar das gesetzliche Deliberationsspatium aufgehoben, in Ansehung der jährigen Transmissionsfrist aber nichts geändert[75]), nach einer dritten soll sich die Derogation auf beide Puncte beziehen[76]). Daß die Bestimmung der L. ult. cit. über die zu erbittende Deliberationsfrist nun sehr wohl neben einem gesetzlichen Deliberationsrecht bestehen können, wurde bereits erinnert. Was sich für und gegen die behauptete Modification der jährigen Transmissionsfrist sagen läßt, kann erst weiter unten in einem anderen Zusammenhange erwogen werden. Hier mag nur bemerkt seyn, daß die unveränderte Aufnahme der L. 19. cit. in den Constitutionen-Codex sich schwer mit der Derogationstheorie vereinigen läßt, zumal wenn man annimmt, daß dies Gesetz ein spatium deliberandi legitimum eingeführt, die L. ult.

74) Diese Ansicht hat auch Thibaut a. a. O. S. 182—183.

75) Vgl. Glück Intestaterbfolge 2. Afl. S. 93—95.

76) Dies ist die von mir in den früheren Auflagen meines Lehrb. der Pand. vertheidigte Theorie. Vgl. auch meine Abh. über juris u. facti ignorantia, im Arch. für civ. Pr. Bd. II. S. 389. Not. 64.

dasselbe aber implicite wieder aufgehoben habe. Es ist dafür zwar angeführt, jene Aufnahme erkläre sich theils daraus, daß die in der L. ult. enthaltenen Bestimmungen ohne eine vollständige Kenntniß des Inhalts der L. 19. nicht verständlich gewesen seyn würden, theils aus der fortdauernden Giltigkeit des durch L. 19. angeordneten Transmissionsrechts, wenn gleich dafür nicht mehr der Zeitraum von einem Jahre angenommen werden dürfe[77]. Lassen wir Letzteres hier noch auf sich beruhen und betrachten nur den mit unserer gegenwärtigen Frage allein in Verbindung stehenden ersten Grund. — Die Aeusserungen der L. ult., welche möglicherweise auf einen unmittelbaren Zusammenhang mit der L. 19. und auf eine in diesem Gesetze angeordnete gesetzliche Deliberationsfrist bezogen werden können, sind folgende: 1) Im Eingange erwähnt der Kaiser, es seien früher schon drei auf den Gegenstand dieses Gesetzes sich beziehende Constitutionen ergangen, zwei von ihm selbst und eine vom Kaiser Gordian. Von den beiden ersteren gehe die eine auf Erben, welche es für gut befinden, vor ihrer Erklärung zu deliberiren[78], die andere auf die Gefahr, welche mit der Uebernahme einer Erbschaft wegen der nicht im Voraus zu übersehenden Schuldenlast verknüpft sei[79]. Die Gordianische Constitution betreffe die einem Soldaten gegen nachtheilige Erbschaftsantretungen zu ertheilende Restitution[80].

77) S. meine doctr. Pand. ed. 3. §. 695. not. 16. u. Lehrb. d. Pand. R. §. 703. Not. 16.

78) — „unam — de his, qui deliberandum pro hereditate sibi delata existimaverint“ —.

79) — „aliam — de improvisis debitis, et incerto exitu per diversas species eis imposito“.

80) Vgl. §. 5. J. *de hered. qual. et differ.*

Den wesentlichen Inhalt dieser drei Constitutionen nun habe der Kaiser auf eine zurückgeführt, indem er das den Soldaten zustehende Recht, ohne Nachtheil eine verschuldete Erbschaft anzutreten, allen und jeden Erben zu Theil werden lassen wolle, so daß mithin eine Deliberation überall nicht mehr nöthig erscheine. Darauf folgt (von §. 1—14) die eigentliche Disposition, an deren Schlusse (§. 15) ausdrücklich erklärt wird: durch diese Constitution sei allen bisherigen Rechtsbestimmungen über den Gegenstand derselben derogirt[81]), und nunmehr auch ein Nichtsoldat gegen die Nachtheile des Erwerbs verschuldeter Erbschaften sicher gestellt, freilich nur, wenn er ein Inventar innerhalb der vorgeschriebenen Zeit und in gesetzlicher Form errichte, wogegen einem Soldaten auch die Unterlassung des Inventars unschädlich seyn soll[82]). — Von

81) In dem Pr. heißt es: „Ex omnibus itaque istis (nämlich den drei Constitutionen) unam legem colligere nobis apparuit esse humanum"; in dem Epilog: — „hac constitutione, quae omnes casus continet, nostris constitutionibus jam pro eisdem capitulis promulgatis esse derogatum, *quarum altera etiam Gordianae constitutionis sensus continebatur*".

82) Quum enim — — melior exitus inventus sit, et tribus constitutionibus in unum congregatis, unus appareat et in milites et in alios omnes juris probabilis articulus (was die deutsche Uebersetzung Bd. V. S. 995. dem Sinne nach richtig so wieder giebt: die gegenwärtige Verordnung solle für alle Unterthanen als einzige giltige Rechtsnorm erscheinen), eapropter inquietari nostro subjectos imperio non patimur, *scilicet ut milites, etsi — praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint.*"

diesen drei Constitutionen sind entschieden zwei, die Gordianische und die eine von Justinian, nicht auf uns gekommen; die andere, meint v. Buchholtz[83]), werde als die L. 19. characterisirt. Mit Recht aber bestreitet v. Vangerow[84]) die Richtigkeit dieser Annahme, da der Kaiser ausdrücklich erkläre, er habe die drei Constitutionen in eine einzige umgeschmolzen, und es solle denselben durch dies neue Gesetz derogirt seyn. Vollends unmöglich erscheint aber die Meinung, daß die eine jener Constitutionen die L. 19. cit. sei, wenn man den Inhalt dieses Gesetzes nach der auch von Buchholtz selber vertheidigten Theorie auffaßt, daß darin nämlich überall nicht von einem Deliberationsspatium, sondern nur von einem Transmissionsrecht die Rede sei. Denn die L. ult. erwähnt des Transmissionsrechts mit keinem Worte, sondern kündigt als ihren und der drei voraufgegangenen Constitutionen alleinigen Zweck an: möglichste Sicherstellung des Erben gegen die Nachtheile eines Erbschaftserwerbs. — 2) In dem §. 12. der L. ult. cit. wird in Beziehung auf die zur Inventarisirung angeordnete Frist gesagt: „sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione concessum". Wie man nun aber auch diese Worte deuten möge, sei damit gesagt: die Inventarisationsfrist hat in aller Beziehung die Wirkung eines Deliberationspatium, oder nur: der inventarisirende Erbe soll während der Zeit die Rechte eines Erben haben, der um Deliberation nachgesucht, — nicht von den Gläubigern belangt, oder von sonstigen Erbschaftsinteressenten gedrängt werden dürfen[85]), — in keinem Falle liegt ja doch darin

83) Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. X. S. 387.

84) Archiv f. civ. Pr. a. a. O. S. 199. 200.

85) Nämlich in dieser Verbindung kommen die obigen Worte

die Erklärung, daß es früher schon ein gesetzliches spatium deliberandi gegeben habe und die neue Bestimmung an dessen Stelle treten solle[86]). Endlich findet sich 3) in dem §. 13. noch ein Ausdruck, welchen man auf eine bis dahin Statt gefundene gesetzliche Deliberationsfrist von einem Jahre bezogen hat. Der Kaiser spricht hier nämlich von Denen, welche, aus übertriebener Aengstlichkeit oder wohl gar aus Chicane, ein spatium deliberandi sich geben lassen, „*quatenus eis liceat annale tempus tergiversari*, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus assertionibus repetita prece saepius accipere"; woran sich denn die Bestimmung schließt, daß nur einmal eine Deliberationsfrist gegeben werden solle, und zwar eine jährige vom Kaiser, eine neunmonatliche vom Richter. Die hervorgehobenen Worte nun konnte man allerdings wohl auf ein bis dahin Statt gefundenes spatium deliberandi beziehen, an dessen Stelle aber jetzt allemal eine Frist nachgesucht werden müsse. Vangerow meint zwar, daß eine auch nur flüchtige Lesung des §. 13. die Ueberzeugung aufdränge, daß dieses annale tempus sich auf eine erbetene Deliberationsfrist beziehe[87]); geht man aber einmal davon aus, daß in der L. 19. C. cit.

vor: „nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatariis vel fideicommissariis eos vel inquietare, vel ad judicium vocare — —, sed sit hoc spatium ipso jure pro deliberatione heredibus concessum" —.

86) Vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 390. fg. v. Vangerow a. a. O. S. 175. fg.

87) a. a. O. S. 183.

ein spatium deliberandi von einem Jahre angeordnet gewesen sei, so ist es gewiß nicht unnatürlich, sich die Justinianische Sanction in folgendem Zusammenhange zu denken: es giebt Menschen, welche darauf ausgehen, den Erbschaftsantritt so lange wie möglich zu verzögern, nicht genug, daß sie während des ganzen Jahres zögern und zaudern, sondern sie lassen sich auch noch wiederholte Fristen geben u. s. w. Auch haben diejenigen, welche diese Erklärung so schlechthin verwerfen, doch ebenfalls nur Vermuthungen über den Sinn jenes annale tempus aufzustellen vermocht [88]). Indessen gestehe ich gerne, daß die Theorie von einer gesetzlichen Deliberationsfrist und dessen Derogation nur eine höchst schwache Stütze in unserer Stelle finde, indem darin doch nur sehr beiläufig von dem annale tempus gesprochen wird, — daß daher jede Erklärung vorzuziehen sei, nach welcher dieselbe ohne Zwang von einer erbetenen Deliberationsfrist verstanden werden kann. Wahrscheinlich nun war es gewöhnlich, gleich auf das erste Gesuch dem Deliberanten eine einjährige Frist zu bewilligen, mochte dies durch die Praxis eingeführt, oder durch eine der nicht auf uns gekommenen Justinianischen Constitutionen angeordnet seyn [89]); darnach hängt denn Alles sehr gut zusammen, wenn Justinian sagt: manche waren nicht einmal mit der Frist von einem Jahre zufrieden, nie soll aber mehr als einmal eine Deliberationsfrist nachgesucht werden und diese auch nur alsdann ein ganzes Jahr betragen, wenn sie der Kaiser selbst ertheilt.

88) v. Buchholtz a. a. O. S. 392. Note 1. v. Vangerow a. a. O. S. 183. Not. 40.

89) Vgl. Glück Intestaterbfolge S. 94. Note 1. v. Buchholtz u. Vangerow an den Note 88. angef. Stellen.

Bei den bisherigen Erörterungen wurde vorausgesetzt, oder doch wenigstens als möglich angenommen, daß die L. 19. C. *h. t.* ein gesetzliches spatium deliberandi von einem Jahre eingeführt habe. Ist aber diese Voraussetzung überhaupt begründet? Die voraufgegangene Untersuchung erleichtert die Beantwortung dieser Frage, indem sich jedenfalls soviel daraus ergiebt, daß die L. ult. durchaus kein genügendes Argument für die Annahme der jährigen Deliberationsfrist an die Hand giebt. Es ergiebt sich zugleich daraus, daß, wenn jene Voraussetzung nicht begründet erscheint, das Verhältniß beider Gesetze zu einander sich viel einfacher bestimmen läßt, und insonderheit die unveränderte Aufnahme der L. 19. in den Constitutionen-Codex sich viel leichter erklärt. — Die Constitution beginnt mit folgenden Worten: „Quum in antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Julii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere, (et aliis quibusdam adjectis, quae in hujusmodi personis praecipue sunt [90])), eam deliberationem et in omnes successores, sive cognatos sive extraneos, duximus esse protelandam“. — Ob man hierbei mit Thibaut [91]) an einen suus heres zu denken hat, der von der väterlichen Erb-

90) Die eingeklammerten Worte stehen mit dem hauptsächlichen Inhalte des Gesetzes durchaus in keiner Verbindung; ohne Zweifel wird hier auf die eigenthümlichen Voraussetzungen hingedeutet, an welche das (ausserordentliche) Transmissionsrecht der Erben eines suus heres, — also eines solchen, welchem die Erbschaft in der Regel von selbst erworben wird, — gebunden ist.

91) a. a. O. S. 160. fg. Nr. 1.

schaft abstinirt und sich hinterher noch eine Deliberationsfrist hat geben lassen[92]), oder mit v. Buchholtz[93]) an den unter der Bedingung: si volet eingesetzten filius suus[94]), oder mit Marezoll[95]) an das Recht der Erben eines suus heres, gleich ihm selber von dem beneficium abstinendi Gebrauch zu machen[96]), — dies kann an dieser Stelle auf sich beruhen bleiben. Genug, als der hauptsächliche Zweck des Gesetzes erscheint nach diesem Eingange die Begründung eines Transmissionsrechts für die Erbes=Erben. — Demnächst fährt der Kaiser fort: „Ideoque sancimus, si quis vel ex testamento, vel ab intestato, deliberationem meruerit, vel, si hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, *ut ex hac causa deliberare videatur*, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducat, *praedictum arbitrium* in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa". (Also: es mag der Erbe sich eine Deliberationsfrist erbeten haben, oder nicht, hat er nicht auf das Erbrecht verzichtet, auch weder ausdrücklich noch stillschweigend angetreten — in welchem Falle es des Transmissionsrechts natürlich nicht bedarf — so sind seine Erben zur Antretung befugt, jedoch ist diese Befugniß

92) L. 8. D. *h. t.*

93) jur. Abhandl. Nr. II. S. 68.

94) Denn dieser erwirbt die Erbschaft nicht ipso jure; L. 12. D. *de cond. inst.* L. 86. §. 1. D. *de hered. inst.* S. oben S. 71. fg.

95) in der Zeitschr. für Civilr. und Prozeß. Bd. II. Abs. III. Nr. III. S. 83—93.

96) L. 7. §. 1. D. *de acquir. her.*

auf den Zeitraum eines Jahres beschränkt, angerechnet von dem Augenblick, wo ihr Erblasser den Anfall erfuhr, wie in dem folgenden Theile der Constitution bestimmt ist). „**Et si quidem**[97]) **is, qui sciens, hereditatem vel ab intestato vel ex testamento sibi esse delatam, deliberatione minime petita, intra annale tempus decesserit, hoc jus ad suam successionem intra annale tempus extendat. Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato, vel ex testamento, vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam vel renuntiandam hereditatem manifestaverit,** ***is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur.*** **Sin autem instanti annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo** ***nec heredibus ejus*** **alius regressus in hereditatem habendam servabitur**“. — In der ganzen Constitution nun ist ausdrücklich nur die Rede von dem Transmissionsrecht, nicht von einer gesetzlichen Deliberationsfrist für den Erben selbst. Diese findet man in den hervorgehobenen Ausdrücken. Von diesen sind die zuerst bezeichneten Stellen am wenigsten zu beachten. Wer weiß, daß ihm eine Erbschaft angefallen sei und nicht sonst behindert ist, sich über Annahme oder

97) Vielleicht ist zu lesen: Et *sic* quidem; Gründe dafür s. bei Vangerow a. a. O. S. 156. fg. Not. 12. Uebrigens scheint dieser ganze Satz nur eine sich ganz von selbst verstehende Folgerung aus dem Voraufgehenden zu enthalten; doch ist er von Einfluß auf unten zu erörternde Fragen.

Nichtannahme derselben zu erklären, mit dieser Erklärung aber zögert, von dem darf man wohl voraussetzen, er nehme die Sache noch in Ueberlegung[98]). Etwas anderes sagen die Worte: **ut ex hac causa deliberare videatur** in der That auch nicht, und eben so wenig Gewicht verdienen die folgenden: **praedictum arbitrium — transmittat**; sie drücken nur aus, daß die Wahl zwischen dem Erwerbe und der Ausschlagung der Erbschaft (denn von Brüdern war vorhin die Rede gewesen) auch dem Erbeserben — wenn gleich unter der obigen Beschränkung — zustehen solle. Einen erheblicheren Zweifelsgrund dagegen giebt die Bestimmung an die Hand: wenn der Erbe innerhalb eines Jahres sich nicht erkläre, **is cum successione sua ab hujusmodi beneficio excludatur.** Auf den ersten Anblick scheint eine andere Auslegung kaum möglich zu seyn, als die, welche die Präjudizialfrist von einem Jahre auch auf den Erben selbst bezieht. Was dagegen erinnert ist: es sei eine solche Bestimmung ja für den Erben selber durchaus nicht als ein **beneficium**, vielmehr als eine Beschränkung anzusehen[99]), — das will nicht viel sagen; ständen nämlich dieser Interpretation nicht auch noch andere Gründe entgegen, so würde gewiß Niemand Bedenken tragen, unter dem so recht bestimmt auf den Erben selber bezogene **beneficium** das Deliberationsrecht zu verstehen, und so bliebe hier denn eigentlich nur ein unpassend gewählter Ausdruck übrig. Eben so entscheidend für die gesetzliche Deliberationsfrist scheint es zu seyn, wenn gesagt wird:

98) Schöman Handb. II. S. 351.

99) Schöman a. a. O. S. 349. fg. v. Vangerow a. a. O. S. 161—163.

„quo completo *nec heredibus ejus* regressus servabitur", also nach Ablauf des Jahres soll weder er selbst noch sein Erbe einen weiteren Anspruch an die Erbschaft machen dürfen. — Indessen darf man nicht übersehen, daß in beiden Stellen vorausgesetzt wird, der eigentliche Erbe sei bereits mit Tode abgegangen. Natürlich ist er alsdann von der Erbschaft ausgeschlossen, und mit ihm sind es auch seine Erben, falls bereits ein Jahr seit dem erfahrnen Erbschaftsanfall verflossen ist. Wenn nun der Kaiser sagt: in diesem Falle sollen auch seine Erben ausgeschlossen seyn, oder (wie es an der zweiten Stelle heißt) es soll auch diesen das Recht nicht mehr freistehen, die Erbschaft anzutreten, so folgt ja daraus nicht, daß er selber, wenn er noch lebte, ebenfalls ausgeschlossen seyn würde. Dies aber genügt schon, um eine Lehre zu verwerfen, nach welcher eine so wichtige und das bisherige Recht des Erben so sehr beschränkende Neuerung implicite durch ein Gesetz eingeführt seyn soll, dessen so deutlich ausgesprochene Tendenz die Einführung eines neuen Transmissionsrechts war. Dadurch erklärt sich denn auch die Wahl des Ausdrucks und die Wendung: *is* cum succ. sua ab hujusm. *beneficio excludatur*, indem man es allerdings als eine nicht unerhebliche Rechtswohlthat für den Erben selbst ansehen darf, sein Antretungsrecht auf seine Erben zu transmittiren; gerechtfertigt ist dadurch freilich eine Ausdrucksweise, welche nur allzuleicht Mißdeutungen veranlassen konnte[100]), noch

100) Denn von Unbegreiflichkeit, von absoluter Unstatthaftigkeit der entgegenstehenden Ansicht, oder wie diese anathematisirenden Ausdrücke sonst lauten (s. v. Vangerow a. a. O. S. 158. fg.), kann hier nach meiner Ueberzeugung nicht die Rede seyn. Bei der nun auch von

keineswegs. — Uebrigens kann man sich dafür, daß das Antretungsrecht des Erben selbst an den Zeitraum eines Jahres nicht gebunden sei, auch noch auf eine Constitution Justinians aus dem Jahre 531, die **L. 3. C.** ***de edicto D. Hadr. tollendo*** **(VI. 33.)** berufen, wenn gleich an unsere Frage hierbei nicht gedacht ist. Ein testamentarischer Erbe konnte nämlich binnen einem Jahre eine Einweisung in die körperlichen Erbschaftssachen erhalten [1]). Justinian nun bestimmt unter Anderem, daß diese **Missio** auch noch nach Jahresfrist nachgesucht werden könne, so lange, bis die Besitzer der Sachen sich auf Verjährung berufen könnten. Nur das Recht auf diese Mission, nicht aber das Erbrecht selbst, gieng früher nach Ablauf eines Jahres verloren; jedenfalls ist aber durch diese, zwei Jahre nach der **L. 19.** erlassene, Constitution anerkannt, daß das Antretungsrecht des Erben gesetzlich an eine Jahresfrist nicht gebunden sei.

mir vertheidigten Meinung müssen wir den Mittelgedanken suppliren; so wie der eigentliche Erbe von selbst schon durch seinen Tod ausgeschlossen ist, eben so sollen seine Erben es durch den Ablauf des Jahres seyn. Die Vertheidiger der Deliberationstheorie dagegen sagen: der Tod des Erben ist hier nur als nothwendige Bedingung des Transmissionsrechts erwähnt; die Erwähnung des Todes steht mit dem eigentlich dispositiven Theile der Verordnung: der Erbe und dessen Erbe, beide sollen ausgeschlossen seyn, nicht in so nothwendiger Verbindung, daß eine restringirende Interpretation dieser Bestimmung unabweislich wäre. — An und für sich liegen beide Voraussetzungen gleich nahe und nur aus den oben angeführten Gründen ist, wie ich glaube, die Deliberationstheorie zu verwerfen.

1) Pauli sent. rec. III. Tit. V. §. 16.

Die neuesten Schriftsteller über den Gegenstand haben sich denn auch ohne Ausnahme gegen die Deliberationstheorie, also dafür entschieden, daß Justinian in der **L. 19. C.** *h. t.* nur ein Transmissionsrecht eingeführt habe [2]). — Ist nun aber hierin etwas durch die **L. ult. C.** *h. t.* geändert? Geradezu gewiß nicht, indem sich, wie bereits bemerkt wurde, in der **L. ult.** überall keine directe Bestimmungen über das Transmissionsrecht finden. Auch ist noch in einer Novelle Justinians das Transmissionsrecht von einem Jahre als ein practisch geltendes anerkannt [3]). Justinian erzählt und entscheidet hier fol-

2) S. Schömann Handb. II. Nr. XII. und dessen Rec. in den Heidelb. Jahrb. v. 1808. II. S. 84. fg., Thibaut, welcher auch in dem Zusatz der neuen Aufl. seiner Vers. II. S. 184. seine frühere Meinung zurücknimmt. Ferner Unterholzner ausführl. Entwickelung der Verjährungslehre II. §. 166. v. Buchholtz Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. X. S. 388—391. v. Vangerow a. a. O. S. 155—168. und die Recensenten dieser Abhandl. (Puchta u. Arndts) in den Richterschen Jahrb. 1840. Heft I. M. S. Mayer die Lehre von dem Erbrecht nach dem heut. Röm. Recht. Th. I. (Berl. 1840.) S. 349—353. — Von Lehrbüchern, die diese Theorie haben, sind v. Wenig-Ingenheim §. 503. u. jetzt auch die neueste latein. u. deutsche meines Lehrb. §. 703. zu nennen. Dagegen erklärt sich die neueste Aufl. des Mackeldeyschen Lehrb. noch für die Deliberationstheorie, §. 688. Nr. 2.

3) Nov. 158. (Vgl. auch unten Note 8.) Es ist übrigens hier nur der wesentliche und mit unserer Frage in Verbindung stehende Gegenstand der Novelle berücksichtigt; die Entscheidung bietet aber noch Veranlassung zu einer anderen, hieher nicht gehörigen Frage, worüber zu vgl. ist: Robert Schneider in der deutschen Uebersetzung des Corpus juris. Bd. VII. S. 741. Note 6.

genden Fall. Eine Mutter war mit Hinterlassung eines unmündigen Kindes unter sieben Jahren gestorben, das Kind aber wenige Tage nach der Mutter und ohne einen Vormund erhalten zu haben ebenfalls mit Tode abgegangen. Nunmehr traten zwei Prätendenten zu der Verlassenschaft der Mutter auf. Der eine als deren nächster Erbe, der Andere als Erbe des Kindes. Jener berief sich darauf, daß nach einer Verordnung von Theodos[4]) einem Kinde, das keinen Vormund habe, als extraneus (d. i. non suus) heres eine Erbschaft überall nicht erworben werden könne, folglich es sich hier noch um die Erbschaft der Mutter handle; Justinian dagegen entscheidet sich für den Erben des Kindes, und zwar nach seiner L. 19. C. *h. t.*, weil das Kind innerhalb eines Jahres nach dem Tode seiner Mutter verstorben sei. Dabei erklärt er denn, dieser Fall sei zur Erläuterung seiner in dem Promulgationspatent (Cordi nobis §. 3.) enthaltenen Versicherung, es finde sich nichts Ueberflüssiges und Widersprechendes im Constitutionen-Codex, höchst geeignet; die Verordnung von Theodos nämlich gelte nach wie vor, jedoch nur in dem Falle, wenn der Erbe nach Ablauf eines Jahres und Beendigung der Deliberationsfrist sterbe, wogegen in Fällen, wie der gegenwärtige, die L. 19. gelten solle. — Freilich passen die Bestimmungen der Coderstelle nicht vollkommen auf den in der Novelle entschiedenen Fall, indem dort vorausgesetzt wird, daß der eigentliche Erbe von dem Anfall Kenntniß erhalten haben und gleichsam als deliberirend gedacht werden müsse, was doch auf ein unmündiges Kind unter

4) Es ist dies L. 18. C. *h. t.* Vgl. Hugo Beitr. zur civilist. Bücherkunde S. 449. a. E. u. 450. Vangerow a. a. O. S. 189. Note 48.

7 Jahren schwerlich Anwendung leidet. Indessen mag dies hier auf sich beruhen bleiben; genug, wir sehen, daß noch lange nach der L. ult. die L. 19. C. *h. t.* in der Praxis anerkannt war. — Jedoch fragt es sich: ob denn die Transmissionsfrist nicht kürzer seyn kann, nämlich wegen einer erbetenen Deliberationsfrist. Die L. ult. C. will, daß nur einmal und nie über ein Jahr die Frist ertheilt werden solle; sie sagt überhaupt nicht einmal, daß vom Kaiser allemal eine jährige, vom Richter allemal eine neunmonatliche Frist ertheilt werden müsse, sondern es soll nur keine Frist von längerer Dauer gegeben werden[5]). Wie nun also, wenn der Erbe kurz nach dem Anfall etwa nur um eine dreimonatliche Deliberationsfrist nachsucht? Verfließt die Frist bei seinem Leben, ehe er sich erklärt, so tritt nothwendig das gesetzliche Präjudiz ein. Sollen nun aber seine Erben noch auf

5) Daß der Kaiser das arbitrium der Behörde, bei welcher die Frist nachgesucht wird, die Umstände zu berücksichtigen und darnach die Dauer zu bestimmen ganz und gar habe aufheben wollen, läßt sich nicht denken, und die Worte der hierauf gehenden Bestimmung (L. ult. §. 13. C. *h. t.*) enthalten auch nichts, was ein solches Resultat rechtfertigen könnte. (Insofern stimme ich vollkommen überein mit Meyer Erbr. S. 348. fg. Nr. a. Wenn derselbe aber auch behauptet, daß eine mehrmalige Frist nachgesucht und ertheilt werden könne, falls dadurch nur im Ganzen das Maximum nicht erschöpft werde, so ist dies unmöglich mit den Worten des Gesetzes — s. oben Note 57 — zu vereinigen). In jedem Falle wird man nicht in Abrede stellen können, daß es auch wohl Erben gebe, denen es nur um die Sache selbst, nicht aber um einen Zeitaufschub zu thun ist, und die daher keine längere Frist nachsuchen, als ihnen gerade nöthig erscheint.

das gesetzliche Transmissionsrecht von einem Jahre bestehen dürfen? Nehmen wir dies an, so müßte von ihnen ein von ihrem Erblasser bereits verwirktes Recht (— mag dies nach den Bestimmungen der L. ult. §. 14. *h. t.* ein Ausschlagungs- oder Antretungsrecht zu nennen seyn —) noch geltend gemacht werden können. Dies widerstreitet allen und jeden Regeln über Rechte und Verbindlichkeiten eines Erben[6]), folgt indessen mit Nothwendigkeit aus der Voraussetzung, die L. 19. C. *h. t.* habe geordnet, daß auch bei einer erbetenen Deliberationsfrist das Recht anzutreten oder auszuschlagen binnen einem Jahre nach erfahrnem Erbschaftsanfall auf die Erben des Erben transmittirt werde[7]), durch L. 22. C. *cit.* hierin aber auch nicht einmal implicite etwas geändert sei. Jedenfalls würde es, wenn das Erstere auch richtig wäre, denn doch consequenter seyn, in der Aufnahme der L. 19. C. *h. t.* nur den Satz ausgesprochen zu finden: es soll auf den Erben das Recht zu deliberiren übergehen, jedoch nie über ein Jahr von dem ihrem Erblasser kund gewordenen Erbschaftsanfall angerechnet, wohl aber kann diese Frist eine kürzere seyn, wenn nämlich das spatium deliberandi früher zu Ende läuft. In der That ist es aber überall nicht nöthig, dies als etwas lediglich durch die Rücksicht auf Consequenz Gebotenes anzunehmen; es läßt sich klar erweisen, daß es der wirkliche Inhalt der L. 19. sei. Zuvörderst ist ausgemacht, daß der Kaiser seine Vorschrift über die Transmissionsfrist an die Voraussetzung knüpft: der Erbe deliberire und das Recht dazu solle auch auf seine

6) L. 120. D. *de regul. jur.*

7) Die Meisten nehmen dies als entschieden an; s. z. B. Unterholzner a. a. O. §. 166. Nr. 1.

Erben übergehen, müsse von diesen aber spätestens binnen Jahresfrist vom Tage des erfahrnen ersten Erbanfalls ausgeübt werden [8]). Der Kaiser ist also keineswegs gemeint, den Erbeserben mehr Recht zu geben, als ihr Erblasser hatte, vielmehr soll die Befugniß derselben auf eine Jahresfrist beschränkt seyn. Ja er sagt ausdrücklich: sowohl Der, welcher ein Deliberationsspatium erbeten hat, als auch Der, welcher sich noch nicht erklärt hat, und darum als deliberirend angenommen werden darf, transmittirt das Recht zu deliberiren auf seine Erben, nur darf nicht schon ein Jahr seit u. s. w. verflossen seyn. Hieraus folgt mit logischer Nothwendigkeit, daß im ersten Falle höchstens nur der vom erbetenen spatium deliberandi noch übrige Zeitraum auf die Erben transmittirt wird; oder, wie der Kaiser deutlich genug sagt: der Erbe transmittirt sein Recht zu deliberiren, aber mit jener Beschränkung („ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa") auf seine Erben. Nachdem nun der Grundsatz so ausgesprochen ist, verweilt der Kaiser noch besonders bei dem Falle, wenn eine Deliberationsfrist nicht nachgesucht ist, und wendet nun hierauf speziell die Bestimmung wegen der jährigen Transmissionsfrist an, was ohne Zweifel geschehen ist, um den Unterschied zwischen dem Falle einer erbetenen und nicht

8) S. den hieher gehörigen Satz der L. 19. („Ideoque sancimus — — — conclusa) nebst dessen Interpretation oben S. 315. fg. So bezieht sich der Kaiser auch in einer Constitution aus dem Jahre 534 mit folgenden Worten auf die L. 19: „iis —, quae super his, *qui deliberantes ab hac luce migrant*, a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris; L. un. §. 5. in f. C. *de conduc. toll.* (VI. 51.)

erbetenen Deliberationsfrist recht ins Licht zu stellen. Endlich erhält diese Ansicht auch eine sehr deutliche Bestätigung durch die oben erwähnte Nov. 158 (s. Note 3). Hier erklärt der Kaiser im Eingange: er habe ein Gesetz erlassen, nach welchem ein Erbe sein Recht zur Deliberation seiner Erben übertragen, in dem Cap 1. aber: die Constitution von Theodos (L. 18. C. h. t.) solle nur gelten, wenn das Jahr bereits verflossen und die Deliberationsfrist abgelaufen sey; da es nun nach der richtigen Ansicht kein gesetzliches spatium deliberandi giebt, so darf dies nur so verstanden werden: wenn bei nicht erbetener Deliberationsfrist ein Jahr, bei erbetener diese abgelaufen ist [9]. — Was übrigens die Frage anbetrifft, von welcher Zeit an dem Erbeserben die Transmissionsfrist laufe? so ist zwar behauptet: erst von dem Zeitpunct an, wo er selbst den Anfall der Erbschaft erfahren hat [10]. Indessen giebt das Gesetz dem Erbeserben höchstens nur das Recht, welches seinem Erblasser zustand, und bestimmt ausdrücklich, daß die Transmissionsfrist von dem Tage an laufe, wo dieser den Anfall erfahren habe. Da nun jedes ausserordentliche Transmissionsrecht ein jus singulare ist (oder, eine Ausnahme enthält von der Regel: hereditas nondum acquisita non transmittitur ad heredis heredes), so sind wir nicht ermächtigt, aus allgemeinen Billigkeitsgründen weiter zu gehen, wie das Gesetz; kann also der Erbeserbe

9) Uebereinstimmend ist im Wesentlichen v. Buchholtz jur. Abhandl. Nr. II. S. 78. fgg. (Nr. XV.). Doch erklärt er dies in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß a. a. O. S. 426. als Folge einer stillschweigenden Derogation der L. 19. durch die L. 22.

10) v. Buchholtz Zeitschr. a. a. O. S. 391.

nicht etwa aus besonderen Gründen auf Restitution Anspruch machen, so entscheidet hier lediglich der Ablauf der Zeit. — Aus gleichen Gründen muß denn auch der Anwendung der gesetzlichen Transmissionsfrist auf den Fall widersprochen werden, wenn der Testirer im Testamente eine Antretungsfrist bestimmt hat; denn das Gesetz spricht ausdrücklich nur von den beiden Fällen: wenn der eigentliche Erbe sich eine Frist erbeten hat und wenn ihm überhaupt keine Frist gesetzt ist[11]. Endlich müssen wir nach der deutlichen Erklärung des Gesetzes das Transmissionsrecht auf den Fall beschränken, wenn der Erbe den Anfall erfahren hat, ausgenommen, wenn derselbe als Kind unter sieben Jahren stirbt; denn hier ist das Transmissionsrecht ohne jene (auf diesen Fall auch nicht einmal anwendbare) Beschränkung anerkannt. (S. die obige Erklärung der Nov. 158. S. 320. fg.).

Das Resultat der unmittelbar voraufgehenden Erörterung läßt sich in folgenden Sätzen zusammenfassen: 1) Das durch L. 19. C. bestimmte Transmissionsrecht findet nicht Statt a) wenn der Erbe stirbt, ehe er den Anfall der Erbschaft erfahren hat[12]; b) wenn er innerhalb eines Jahres von Zeit des erfahrnen Anfalles ohne sich erklärt zu haben stirbt; c) wenn ihm vom Testirer

11) Thibaut Vers. a. a. O. S. 164—167. A. M. ist auch hier Buchholz jur. Abh. S. 79. fg. Not. 159.

12) Versteht sich, insoferne nicht die s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis eintritt, z. B. wenn der zum Besten des Staats abwesende Erbe vor erfahrnem Erbschaftsanfall stirbt. S. L. 30. pr. L. 86. pr. D. *de acquir. her.* (XXIX. 2.) Vgl. hier, wie überhaupt in Beziehung auf diese Resultate, Thibaut a. a. O. S. 182. 183.

eine Frist gesetzt ist, er mag vor oder nach Ablauf derselben mit Tode abgehen; d) wenn er nach Ablauf der erbetenen Deliberationsfrist ohne sich erklärt zu haben stirbt. In diesem Falle tritt übrigens das nach L. ult. §. 14. cit. für ihn begründete Präjudiz auch für seinen Erben ein, da dieser nie ein besseres Recht in Anspruch nehmen darf, wie sein Erblasser, folglich auch die Pflichten anerkennen und erfüllen muß, welche dieser auf sich geladen hat[13]. — 2) Das Transmissionsrecht findet Statt: a) wenn der Erbe innerhalb eines Jahres vom erfahrnen Anfall stirbt, ohne sich erklärt zu haben; b) wenn er innerhalb der erbetenen Deliberationsfrist stirbt, in welchem Falle aber blos die noch übrige Zeit auf ihn übertragen wird und auch diese nur, wenn nicht schon ein volles Jahr seit dem erfahrnen ersten Erbschaftsanfall verflossen ist. Auch hier tritt übrigens das Präjudiz für die Erbeserben ein, welches nach L. 22. §. 14. *cit.* den Erben trifft, welcher zwar innerhalb der Deliberationsfrist, aber ohne ein Inventar zu errichten, ausschlägt (s. Note 13).

Wenden wir uns jetzt zu der zweiten Hauptfrage (s. oben S. 300 fg.): welche Bewandniß es mit der in L. 22. §. 1. erwähnten dreimonatlichen Frist habe? Es wurde bereits bemerkt, daß erst in neuester Zeit dieser Frage eine besondere Aufmerksamkeit zugewendet worden sei; und zwar geschah dies meines Wissens zuerst von Marezoll[14] und von mir[15]. Wir beide erklärten im

13) v. Buchholtz in der Zeitschr. a. a. O. S. 430. — Von dem Präjudiz selbst kann erst weiter unten (§. 1471). die Rede seyn.

14) Im Arch. für die civ. Praxis Bd. VIII. Abh. X. Nr. VI. S. 268. fgg.

15) In meiner doctr. Pand. ed. I. u. II. §. 508. ed. III. §. 695.

Wesentlichen übereinstimmend, ohne daß jedoch der Eine von des Anderen Ansicht etwas wußte[16]), die Stelle so: Wer nicht innerhalb dreier Monate, vom erfahrnen Anfall der Erbschaft angerechnet, die Erbschaft ausschlägt, muß sie annehmen, falls er nicht etwa ein Inventar errichtet[17]), oder um Deliberation nachsucht. Nach Marezoll sollen diese drei Monate die Bedeutung eines gesetzlichen spatii deliberandi haben, mit dem Präjudiz, daß ein Stillschweigen des Erben die Folge hat, als wenn er ohne Inventar die Erbschaft angetreten hätte. Dagegen ist mit Recht erinnert, daß die Deliberation im engeren und eigentlichen Sinne von jeher dazu gedient habe, den Erben von den Belästigungen der Erbschaftsgläubiger, der Vermächtnißnehmer u. s. w. während der Deliberationszeit zu befreien, ferner ihm eine Einsicht der erbschaftlichen Papiere, Veräusserung der dem Verderb Preiß gegebenen Sachen u. dgl. m. möglich zu machen, was doch gewiß auf Den nicht anwendbar ist, welcher sich noch überall nicht erklärt hat[18]). Nach meiner Theorie dagegen waren ganz einfach drei an sich ganz verschie-

16) Die Marezollsche Abhandlung erschien etwa gleichzeitig mit dem dritten Bande der ersten Aufl. meiner doctrina Pand. Unrichtig ist es daher, wenn man (wie z. B. von Arndts in der angef. Rec. S. 2. geschieht) annimmt, ich sei hier Marezoll gefolgt.

17) So ist die Sache wenigstens nach Marezolls Theorie zu bestimmen, welcher nämlich annimmt, auch wer cum inventario antrete, könne hinterher immer noch ausschlagen. Dies habe ich freilich nie behauptet, sondern nur, daß, wer inventarisire, ohne Gefahr sofort antreten dürfe. S. die Note 19.

18) v. Buchholtz in der angef. Zeitschr. S. 440. 441.

dene Fälle zu unterscheiden, 1) der Erbe erklärt sich innerhalb dreier Monate nach erfahrnem Erbschaftsanfalle überall nicht; dann muß er Erbe werden, oder m. a. W. er kann sich von der Erbschaft nicht losmachen; 2) er tritt die Erbschaft unter Errichtung eines Inventars innerhalb der gesetzlich bestimmten Zeit an. Dann muß er freilich Erbe bleiben[19]), jedoch ist ihm dies unschädlich; 3) er sucht ein **spatium deliberandi** nach. Dann kann er innerhalb desselben noch ausschlagen, doch hat diese Nachsuchung noch ganz eigenthümliche Wirkungen (L. ult. §. 14. C. *h. t.*). — Eine eigenthümliche Schwierigkeit, welche sich der Anwendung der Theorie, welche in den drei Monaten eine Präjudizialfrist zur Ausschlagung erblickt, überhaupt entgegenstellt, liegt darin, daß sich damit die doch noch im Justinianischen Rechte als practisch anerkannten Agnitionsfristen der **Bonorum possessio** nicht vereinigen lassen. Da nämlich jeder Erbe ein Recht auf **Bonorum possessio** hat, zu deren Agnition aber mindestens **centum dies utiles**, so durfte ja der nach Ablauf der 3 Monate (90 Tage) in Anspruch genommene Erbe nur sagen: ihm bleibe immer noch das Recht, als ***bonorum possessor*** zu agnosciren oder zu repudiiren; wodurch denn aber der Zweck jener Präjudizialfrist ganz vereitelt gewesen seyn würde. Auf der anderen Seite konnte man unmöglich die Agnitionsfristen der **B. P.** für stillschweigend aufgehoben halten, da noch

19) Die Gründe, welche v. Vangerow §. 9. u. 10. seiner deutschen Abhandlung (Archiv u. s. w. a. a. O. S. 173.) gegen die obige Meinung anführt, treffen daher meine Theorie überall nicht, da sie lediglich darauf fußen, daß auch derjenige, welcher **cum inventario** Erbe geworden sei, es bleiben müsse.

im Constitutionen-Codex davon die Rede ist [20]) und nach Justinians eigner Bestimmung Alles, was sich hier findet, wenn es auch von seinen Vorfahren herrührt, als von ihm selbst gesagt angesehen werden soll [21]). Von Marezoll ist diese Schwierigkeit überall nicht berücksichtiget. Ich suchte sie auf folgende Art zu beseitigen, daß ich zwischen der s. g. B. P. necessaria und utilis unterschied und so argumentirte: das Gesetz hat offenbar an die Bonorum possessio gar nicht gedacht. Seine Anwendbarkeit würde aber ganz vernichtet werden, wenn man daneben noch das Agnitionsrecht der Bonorum possessio vollständig bestehen lassen wollte. Das Gesetz aber spricht eben nur vom heres. Dieser kann sich natürlich nicht hinter seinem als Bonorum possessor ihm zustehenden Rechte verstecken, was so viel seyn würde, als das Gesetz illudiren, oder einmal eingetretene Folgen desselben vernichten. Anders dagegen verhält es sich mit dem nur durch den Prätor berufenen Erben (dem s. g. necessarius Bonorum possessor); sein Recht ist ein ausserordentliches, an besondere Voraussetzungen und Bedingungen geknüpftes, worauf also die auf die regelmäßige oder ordentliche Erbfolge berechneten gesetzlichen Vorschriften keine Anwendung finden können. Das Unbefriedigende dieses Arguments fühlte ich sehr wohl; allein, einmal davon ausgehend, die L. ult. §. 1. habe eine präjudizielle Ausschlagungsfrist von drei Monaten angeordnet, wußte ich die gleichzeitige Aufnahme der Grundsätze über die Agnitionsfristen der Bonorum pos-

20) Z. B. L. 2. u. 4. C. *qui admitti ad bon. poss. possunt.* (VI. 9).

21) Const. *Deo Auctore* §. 6. 7. Const. *Tanta* §. 20.

sessio nicht anders zu erklären und mit jener Bestimmung in Einklang zu bringen, als durch die Voraussetzung: für die Fälle, in welchen das Successionsrecht nothwendigerweise von Impetrirung der B. P. abhänge, sei das alte Recht ungeändert geblieben. — Ein anderer schwerlich zu beseitigender Widerspruch mit sonstigen gesetzlichen Vorschriften lag darin, daß mit der neuen Lehre eine gesetzliche Transmissionsfrist von einem Jahre sich schlechterdings nicht vereinigen ließ; hiernach könnte die L. 19. C. *h. t.* nur noch die Bedeutung haben: der Erbe transmittirt ein ihm zur Ausschlagung oder Antretung noch übriges Spatium auf seine Erben. Hätte sich dies aber auch zur Noth annehmen lassen (ungeachtet sich da doch wohl die Frage aufdrängt: ob es alsdann nicht viel näher lag, diesen Satz in die L. ult. aufzunehmen, als durch die unveränderte Aufnahme der L. 19. Irrthümer zu veranlassen?) — so ist ja die regelmäßige Transmissionsfrist eines Jahres noch 12 — 13 Jahre nach dem Erscheinen der L. ult., und zwar mit deutlicher Hinweisung auf die L. 19. als Quelle, ausdrücklich anerkannt (in der Nov. 158).

Diese nämlichen Schwierigkeiten stehen aber auch der Anwendung einer anderen Theorie entgegen, welche umgekehrt annimmt, daß die L. ult. §. 1. *cit.* eine präjudizielle Antretungsfrist angeordnet, d. h. bestimmt habe: wer innerhalb dreier Monate sich überall nicht erkläre, sei von der Erbschaft ausgeschlossen, sterbe er aber während dieses Zeitraums, so transmittire er den Rest desselben zu gleicher Wirkung auf seine Erben, woraus denn auch von selbst folgt, daß binnen dieser Zeit Deli-

22) S. meine doctr. Pand. Bd. III. §. 696.

beration nachgesucht werden müsse, indem dies nicht mehr möglich ist, wenn der Erbe einmal ausgeschlossen ist[23]). Auch hiemit lassen sich weder die Agnitionstermine der **Bonorum possessio**, noch die ausdrückliche Bestätigung der regelmäßigen Transmissionsfrist von einem Jahre vereinigen, wie dies wohl einer näheren Ausführung nicht bedarf[24]). — Gegen beide bisher dargestellten Theorien läßt sich aber auch noch ein Argument aus der zu Anfang dieses §. erklärten **L. 36. §. 2. C.** *de inoff. test.* hernehmen. Nach dieser Stelle soll zu Gunsten der Pflichttheilsberechtigten angenommen werden, der eingesetzte Erbe habe die Erbschaft angetreten, wenn er sich binnen 6 Monaten oder resp. einem Jahre nicht erklärt. Wäre nun eine präjudizielle dreimonatliche Ausschlagungsfrist als Regel angenommen, so würden nun offenbar die Notherben schlechter daran seyn, wie Andere, welche einen Erben in Anspruch nehmen wollen; für diese würde schon nach drei Monaten möglich seyn, was für Andere erst nach 6 Monaten oder einem Jahre möglich ist. Fast

23) von Buchholtz in der Zeitschr. a. a. O. S. 433. fgg. Nr. VI. — Eigentlich ist zwar die Ansicht schon sehr alt, daß der Erbe von der Erbschaft ausgeschlossen sei, wenn er sich innerhalb der drei Monate gar nicht erklärt. S. die Accursische Glosse *mensium* ad *h. l.* Vgl. Westphal von Verlegung und Eröffnung der Testamente §. 338. S. 187. (s. übrigens unten Note 59). Aber sie erscheint hier nicht als eine mit Gründen durchgeführte Meinung, und die daraus für die Anwendung anderer gesetzlichen Vorschriften entstehenden Schwierigkeiten sind durchaus unbeachtet geblieben, so daß daher auch diese Ansicht füglich der neuesten Zeit zugeschrieben werden kann.

24) S. v. Vangerow in der deutschen Abhandl. a. a. O. S. 200. fg. Nr. 3. 4.

noch weniger kann das durch die L. 36. §. 2. *cit.* angeordnete Präjudiz neben der zweiten Theorie bestehen; wenn nämlich bereits nach drei Monaten der eingesetzte Erbe ausgeschlossen wird, so liegt hierin offenbar ein viel besseres Recht für die zur Intestaterbfolge Berufenen, als wenn diese erst nach viel längerer Zeit berechtigt seyn sollen, das nämliche Resultat durch Klage herbeizuführen [25]).

So bleibt denn also nur der gesetzliche Ausdruck als einziger Beweisgrund für die Annahme einer Präjudizialfrist übrig. — Der Kaiser leitet seine neue Vorschrift durch eine Erklärung ein, welche folgenden Sinn hat: er sei keineswegs gemeint, dem zur Erbschaft Berufenen die Anfertigung eines Inventars zur Pflicht zu machen, sondern wer fest entschlossen sei, unter allen Umständen Erbe werden zu wollen, für den bedürfe es keines Inventars; ihm werde die Erbschaft durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung [26]) ohne Weiteres mit allen Rechten und Lasten erworben. Imgleichen, wer umge-

25) Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 184. fg. N. 2. u. S. 201. fg. Nr. 5. — Andere aus dem Zweck der L. ult. C. *h. t.* hergenommene Gründe gegen beide Meinungen, so wie gegen die von Marezoll und von Buchholtz aufgestellte Theorie, daß, wer ein Inventarium errichte, während der Dauer der Inventarisationsfrist noch ausschlagen könne, s. ebendas. S. 173—179. Vgl. auch Arndts in der angef. Rec. S. 21—25.

26) Die Worte: „vel sese immiscuerit, *ut non postea eam repudiet*" sind nach Puchta's (angef. Rec. S. 10) richtiger Erklärung so zu verstehen: wer sich einmischt, nicht etwa als bloßer Deliberant (dem die Immixtion für das Recht zu repudiiren nicht schadet), sondern ohne allen Vorbehalt.

kehrt entschlossen sei, sich mit der Erbschaft nicht zu befassen, der solle sofort und ohne erst die für die Inventarisirung bestimmte Frist abzuwarten, oder sich ein spatium deliberandi geben zu lassen, seine Absicht unumwunden erklären; dadurch sei er mit einem Male der Erbschaft los und ledig. Dies nun wird so ausgedrückt: „Similique modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime *intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit* scriptum se esse, vel vocatum heredem, ei renuntiet: nullo nec inventario, faciendo, nec alio circuitu exspectando *sit alienus ab hujusmodi hereditate*, — sive onerosa, sive lucrativa sit" [27]). Geht man von der bekannten Interpretationsregel aus, daß im Zweifel jeder gesetzliche Ausdruck für prägnant zu halten ist, am wenigsten aber angenommen werden darf, daß etwas ganz Ueberflüssiges und Bedeutungsloses gesagt sei, — so muß man allerdings die drei Monate für eine Präjudizialfrist erklären. Diejenigen nun, welche nach Ablauf dieser Frist den Erben an die Erbschaft gebunden halten, argumentiren so: Wer innerhalb dreier Monate ausschlägt, soll frei seyn von der Erbschaft, mithin, wer diese Frist nicht inne hält (ohne alle Erklärung verstreichen läßt), ist an die Erbschaft gebunden —, non alienus sit ab hereditate. Marezoll beruft sich auch noch auf das Zeugniß des

27) So liest und interpungirt mit vielen Editt. Spangenb. Andere (z. B. Beck) haben, bei gleicher Lesart, eine etwas veränderte Interpunction, indem vor *nullo* statt eines Colon ein Comma steht; was aber auf den Sinn keinen Einfluß hat. Von sonstigen Abweichungen wird weiter unten die Rede seyn.

Eustathius; in dem diesem zugeschriebenen Buche über die Zeitabschnitte (αἱ ῥοπαί) heißt es: der eingesetzte Erbe kann innerhalb dreier Monate verzichten und ist den Gläubigern nicht verpflichtet, auch wenn er es früher wußte, daß er Erbe sei[28]). Indessen auch ganz abgesehen davon, daß auf die Autorität einer Schrift, welche wir nur im Auszuge und auf keinen Fall im Original besitzen[29]), kein sonderliches Gewicht gelegt werden darf, so ist doch nichts weniger als klar, was der Epitomator eigentlich sagen wollte: wenn er binnen 3 Monaten ausschlägt, so haftet er den Gläubigern nicht, gesetzt auch, daß er früher bereits von dem Anfall Kenntniß gehabt habe! Konnte denn das überhaupt Gegenstand eines Zweifels seyn, ob der Erbe den erbschaftlichen Verbindlichkeiten darum unterworfen sei, weil er die Erbschaft nicht ausschlug, sobald er den Anfall derselben erfuhr? Hier muß irgend etwas ausgelassen seyn, oder irgend ein Mißverständniß der benutzten Quelle zu Grunde liegen, weshalb denn diese Aeusserung ganz und gar keine Beachtung verdient. — Herr v. Vangerow, welcher sich gegen diese Theorie erklärt, suppeditirt seinen Gegnern noch ein neues, bisher unbenutzt gebliebenes, Argument[30]), nämlich das Zeugniß der Basiliken, welche nach seiner Uebersetzung (die allerdings genauer ist, wie die Fabrotische) die Stelle so wiedergeben: „**Et eodem modo, si non titubante animo respuendam vel abstinendam sibi hereditatem esse credet, aperte**

28) ed. *E.* Zachariae (Heidelb. 1836.) p. 154. Cap. XV. 2.

29) S. Zachariae in den Prolegomenen zu seiner Ausg. besonders S. 82. fgg.

30) in der deutschen Abhandl. S. 170. fgg.

intra trium mensium spatium, ex quo ei cognitum fuerit scriptum se esse vel vocatum heredem, renunciet nullo vel inventario faciendo, nec alio circuitu spectando, et sit alienus ab hujusmodi hereditate" — [31]). Im Wesentlichen übereinstimmend hiermit wird in der Göttinger Handschr. gelesen: „Similique modo, si non titubante animo — — — crediderit hereditatem: *ei* apertissime intra trium mensium spatium — — — renunciet — — — — exspectando, *et* sit alienus" u. s. w. Ist nun die Uebersetzung der Basiliken und die Lesart des Göttinger Codex richtig, so (meint Vangerow) habe Justinian mit ganz klaren und bestimmten Worten das Prinzip ausgesprochen, daß derjenige, welcher sich von der Erbschaft loszumachen Willens sei, deutlich und bestimmt innerhalb dreier Monate ausschlagen müsse. Er hält dies für so entschieden und ausgemacht, daß er nur durch Darlegung der Unrichtigkeit dieser Interpunctation und Lesart das Argument beseitigen zu können glaubt [32]). Wer indessen einmal in Justinians Constitution nach der gewöhnlichen Lesart keine dreimonatliche Präjudizialfrist findet, dem

31) Mit Recht tadelt Vangerow es, daß Fabrotus den Nachsatz erst mit nullo nec inventario faciendo u. s. w. beginnen läßt, indem sich hiermit die Construction des ganzen Satzes in den Basiliken nicht verträgt. Warum aber hinter credet (vor aperte) gerade ein Semicolon und nicht ein Comma stehen soll, ist mir nicht einleuchtend geworden. Auf den Sinn hat das keinen Einfluß, indessen Ersteres trennt den Vordersatz ohne Noth von dem Folgenden.

32) S. 189 fgg. (§. 12). — Die hauptsächlichen Gründe werden unten noch vorgetragen und geprüft werden.

wird auch, sollte ich denken, die abweichende Lesart so wie die Interpretation der Basiliken keine wesentlich größere Schwierigkeit in den Weg legen. Die drei Monate werden immer auf gewisse Weise zur Seite geschoben werden müssen. Geschieht dies aber, so sehe ich nicht ein, weshalb nicht auch die Stelle der Basiliken auf gleiche Art paraphrasirt werden könnte: „Wer entschlossen ist, sich mit der Erbschaft nicht zu befassen, der braucht kein Inventar zu errichten, noch eine Deliberationsfrist zu erbitten; ein Solcher verzichte ohne Zögern, und sei so der Erbschaft los und ledig". Und eben so würde denn auch die Interpretation nach der Lesart des Göttinger Codex lauten.

Wenn man nun die Erwähnung der drei Monate für verba legis dispositiva hält und mit den Schlußworten (sit alienus ab hereditate) in Verbindung bringt, so liegt es in der That sehr nahe, darin das Präjudiz zu finden: Wer sich innerhalb jener Zeit nicht erklärt, muß die Erbschaft annehmen. Dagegen ist hauptsächlich[33]) erwiedert: erstlich, es gründe sich diese Annahme lediglich auf das argumentum a contrario: „qui hereditati non renunciat intra trium mensium spatium, non sit alienus ab hereditate". Nun aber könne non alienus ab hereditate nicht blos der seyn, welcher Erbe geworden sei, sondern auch der, welcher noch nicht ausgeschlossen sei, — welcher also noch die Wahl habe, ob er antreten oder ausschlagen wolle; hieraus soll sich denn also die völlige Unhaltbarkeit des argumentum a contrario klar zu Tage le-

33) Andere gegen diese Auslegung vorgebrachte Gründe sollen unten geprüft werden, da sie zugleich auch gegen die Buchholtz'sche Theorie gerichtet sind.

gen[34]). Indessen läßt sich dies nicht so ohne Weiteres zugeben. Es ist bei dieser an sich im Allgemeinen als richtig anzuerkennenden Bestimmung von **non alienus sit ab hereditate** der Zusammenhang mit dem Vordersatz ganz unberücksichtigt geblieben, wodurch doch erst der Gegensatz seine rechte Bedeutung erhalten kann. Unter der obigen Voraussetzung nun, daß dem Satz: **qui intra tres menses hereditati renunciat, alienus sit ab hereditate** —, volle dispositive Bedeutung zukomme, können die letzteren Worte nicht füglich eine andere Bedeutung haben, als: **non sit obnoxius hereditati**; dann aber ist der rein logische Gegensatz: **qui non renunciat intra tres menses, obnoxius sit hereditati**. — Zweitens entgegnet man, daß bei einem solchen Resultate die Worte: **nullo nec inventario, nec alio circuitu exspectando**, völlig ignorirt seien, „während doch gerade in diesen Worten recht eigentlich der Kern des ganzen Satzes enthalten sei"[35]). — Bei der vorhin versuchten Rechtfertigung des **argumentum a contrario** nun ist allerdings von jenen Worten keine Notiz genommen; aber daß durch Berücksichtigung derselben dies Argument so geradehin ausgeschlossen werde, wie von den Gegnern behauptet wird, muß ich läugnen. Wie schwer die fragliche Stelle sich jeder Interpretation fügt, und, daß nur auf künstliche Weise ein logischer und sprachlicher Zusammenhang ihrer einzelnen Sätze vermittelt werden kann, dies wird wohl Niemand in Abrede

34) Arndts in der angef. Rec. S. 22. 23. Mayer a. a. O. S. 346. fg.

35) v. Vangerow a. a. O. S. 180. fgg. Arndts a. a. O. S. 22.

stellen, der sich ernstlich mit derselben beschäftigt hat. Die Vertheidiger der angefochtenen Theorie finden hier folgenden Zusammenhang: „Wer innerhalb dreier Monate die Erbschaft unumwunden ausschlägt, der ist auch ohne ein Inventarium zu errichten (wodurch er wenigstens von vollständiger Uebernahme der erbschaftlichen Verbindlichkeiten befreit wird) oder sich ein Spatium deliberandi zu erbitten (wodurch er sich eine längere Ausschlagungsfrist verschaffen kann), — frei von der Erbschaft; sonst muß er sie mit der vollständigen oder ungemilderten Verbindlichkeit zur Schuldenzahlung übernehmen". Obwohl ich nicht mehr zu den Vertheidigern dieser Theorie gehöre, glaube ich doch behaupten zu dürfen, daß diese Interpretation dem buchstäblichen Ausdruck nicht mehr widerstrebt, wie jede andere mir bekannte. — Untersuchen wir jetzt, ob der Wortverstand sich auch in Uebereinstimmung bringen läßt mit der vom Herrn von Buchholtz vertheidigten Theorie, nach welcher gerade umgekehrt anzunehmen ist: wer sich innerhalb dreier Monate gar nicht erkläre, sei ausgeschlossen von der Erbschaft. Ließe sie sich gehörig begründen, so möchte sie vor der ersteren einen Vorzug verdienen, weil eine Exclusion von der Erbschaft wegen nicht gewahrter gesetzlicher Fristen schon dem früheren Recht bekannt und auch an sich etwas natürliches ist, wogegen ein Zwang zur Uebernahme der Erbschaft blos darum, weil man sich binnen einer gewissen Zeit nicht erklärte, nicht nur keine rechtliche Analogie für sich hat, sondern auch als eine unnatürliche Härte erscheint [36]. — v. Buchholtz nun stützt

36) Die wenigstens ohne deutliche Bestimmung des Gesetzes (wie sie freilich in Ansehung einer erbetenen Deliberationsfrist erfolgt ist, s. §. 1469. B.) nicht angenommen werden darf.

seine Lehre hauptsächlich auf Veränderung der gewöhnlichen Interpunction, indem er hinter den Worten: nec alio circuitu exspectando ein Colon setzt, folglich den Nachsatz erst mit: sit alienus ab hereditate u. s. w. beginnen läßt, das Ganze aber etwa so paraphrasirt: wer innerhalb dreier Monate weder ein Inventar errichtet, noch eine Deliberationsfrist erbittet (auch nicht ohne Weiteres antritt), der gilt als apertissime renuntians; oder — bei mehr buchstäblicher Anschließung an den gesetzlichen Ausdruck: Wenn Jemand auch nur dadurch, daß er innerhalb dreier Monate weder ein Inventar errichtet u. s. w. auf die Erbschaft verzichtet, so ist er von derselben ausgeschlossen[37]). Daß diese Auslegung auf einer Veränderung der Interpunction beruht steht ihr gewiß nicht entgegen; denn die Interpunctionen sind ein Werk der Herausgeber, deren Verstöße hierin noch vielfältiger Berichtigung bedürfen. Eben so wenig scheint mir der Einwand Beachtung zu verdienen, daß der Kaiser den Satz durch: Similique modo einleitet, indem eine Aehnlichkeit zwischen den beiden Entscheidungen des §. 1. überall nicht vorhanden sei[38]). Hat Justinian wirklich den Gedanken ausdrücken wollen, welchen Buchholtz ihm unterlegt, so konnte er die zweite Entscheidung allerdings so einleiten, wie von ihm geschehen ist; das simili modo drückt hier, wie unser Imgleichen nicht gerade eine Aehnlichkeit der Fälle, sondern der Verhältnisse aus. Man denke also: der Kaiser will zuvörderst bestimmen, in welchen Fällen die Erbschaft ohne Weiteres für erworben und in welchen sie ohne Weiteres für ausge-

37) v. Buchholtz a. a. O. S. 396. fg.

38) v. Vangerow a. a. O. S. 196.

schlagen gelte, und drückt sich darüber so aus: Wer ohne Inventar antritt, der hat nach seinem eignen Willen die Erbschaft, so wie sie liegt, mit Rechten und Lasten erworben. Imgleichen, wer unumwunden ausschlägt, oder seine Absicht, die Erbschaft nicht haben zu wollen, stillschweigend dadurch an den Tag legt, daß er innerhalb der gesetzlichen Frist kein Inventar errichtet oder ein Deliberationsspatium nachsucht: der ist ohne Weiteres ausgeschlossen. Ich wüßte in der That nicht, was sich gegen die Folgerichtigkeit dieser Zusammenstellung erinnern ließe. — Betrachten wir indessen die Art und Weise, wie Justinian sich wirklich ausdrückt, so erscheint es als eine Unmöglichkeit, daß er das gesagt habe, was B. ihn sagen läßt. Allerdings beruhen beide Entscheidungen auf Gegensätzen. Allein auf den ersten Satz: Wer entschlossen ist anzutreten, thue dies ohne Umschweife —, muß mit logischer Nothwendigkeit der folgen: wer entschlossen ist auszuschlagen, erkläre dies ohne langes Zögern. Eine Frist von drei Monaten mochte immerhin der Kaiser dem Erben zu seiner Erklärung setzen, auch bestimmen: wer innerhalb dieser Frist weder inventirt, noch eine Deliberationsfrist erbittet, soll als Renunciant betrachtet werden. Allein kann dies möglicherweise in den Worten liegen, so wie sie lauten? Das Gesetz sagt: der zur Erbschaft Berufene soll ganz offenbar (apertissime) entsagen. Diesen, nach der voraufgehenden Bestimmung nothwendigen Gegensatz muß man erwarten; nach der Buchholtzschen Theorie fehlt er aber ganz, und der Kaiser beschränkt sich darauf zu sagen: er soll durch Unterlassung der Errichtung eines Inventars oder der Erbittung eines Inventars entsagen. Das aber wäre reiner Unsinn. Der Gesetzgeber hätte auf diese Weise bestimmt, wie die Entsagung erfolgen

solle, mithin wäre eine ausdrückliche Renunciation ausgeschlossen. Das fühlt B. sehr wohl; deshalb interpretirt er den Satz so: jene Unterlassung gelte einer Entsagung gleich. Aber ganz abgesehen davon, daß man nun den Hauptgedanken: wer unumwunden ausschlägt, steht in keiner weiteren Beziehung zu der Erbschaft, — erst noch suppliren müßte: wie kann das bloße Stillschweigen als **apertissime renunciare** bezeichnet werden? Ferner, der Kaiser sagt ja nicht: wer kein Inventar errichtet u. s. w., der entsagt ganz offenbar, sondern: wer offen und unumwunden entsagt, der u. s. w. Und daß dies gemeint sey, darüber verschwindet jeder Zweifel, wenn man erwägt, daß es heißt: ***intra* trium mensium spatium**; wie verträgt es sich nun aber damit, daß durch die ohne Erklärung abgelaufene Zeitfrist eine gesetzliche Vermuthung für die Entsagung begründet werden soll? Mit anderen Worten, ist wohl irgend ein logischer Zusammenhang in dem Satze zu entdecken: der Erbe soll innerhalb dreier Monate ausschlagen, geschieht dies aber nicht, so ist es so anzusehen, als habe er ausgeschlagen? Genug, mit den Worten des Gesetzes ist diese Theorie schlechterdings nicht zu vereinigen[39]).

Von geringerer Erheblichkeit ist es, was man sonst wohl noch dieser und zugleich auch der ersten Theorie entgegengesetzt hat: wer neun Monate oder gar ein Jahr deliberiren dürfe, ob er antreten oder ausschlagen wolle, der könne unmöglich genöthigt werden, binnen drei Monaten anzutreten oder auszuschlagen, und es finde sich in den Worten des Gesetzes nichts, woraus sich ein Zwang folgern lasse, innerhalb jener

39) Arndts a. a. O. S. 24. fg. Mayer a. a. O. S. 344. fg. Nr. a.

Frist entweder anzutreten, oder auszuschlagen, oder um Deliberation nachzusuchen [40]). Es wird also doch durch den letzteren Satz die Möglichkeit einer solchen Anordnung zugegeben. Und wer vermögte dies auch zu läugnen? Ja, ständen andere Gründe nicht dieser Auslegung entgegen, so würde man in der Erwähnung der drei Monate und des **alius circuitus** eine sehr bestimmte Hinweisung darauf erblicken dürfen, daß der Erbe, wenn er nicht binnen 3 Monaten um eine Deliberationsfrist nachsuche, entweder als antretend (nach der ersten Theorie), oder als ausschlagend (nach der zweiten) zu betrachten sey. Da aber, wie wir gesehen haben, beide Theorien mit anderen gesetzlichen Vorschriften schwer, oder gar nicht zu vereinigen sind, so kann man sich allerdings dagegen auch darauf berufen, daß eine so wesentliche Abänderung des früheren Rechts nicht ohne eine durchaus klare gesetzliche Sanction angenommen werden darf [41]).

Ein ähnliches Bedenken steht aber auch der Ansicht entgegen, welche Puchta aufstellt [42]). — Der Kaiser bestimmt nämlich in dem §. 14. seiner Constitution: wer eine Deliberationsfrist nachsuche und daneben nicht auch ein Inventarium errichte, der müsse (wenn er innerhalb der Frist ausschlägt) den Nachlaß nach dem **jusjurandum**

40) Mayer a. a. O. S. 345.

41) Mayer a. a. O. S. 346.

42) Zuerst in der Kürze in seiner Recension des Marezollschen Aufsatzes (Erlanger Jahrb. herausgegeb. von Schunck Bd. III. S. 39. fg.) Ausführlicher hat er sie zu vertheidigen gesucht in seiner Rec. des Vangerowschen Aufsatzes a. a. O. S. 12—16. Vgl. auch dessen Lehrb. der Pand. §. 491.

in litem der Interessenten herausgeben [43]). Puchta nimmt nun an: ein Gleiches gelte auch von dem, welcher zwar keine Deliberationsfrist erbittet, allein erst nach Ablauf von 3 Monaten ausschlage. Die 3 Monate würden hiernach ebenfalls eine Präjudizialfrist seyn, jedoch weder zur Antretung noch zur Ausschlagung, sondern zur Vermeidung des Nachtheils, welcher den deliberirenden Erben trifft, wenn er kein Inventar errichtet. Eine Unterstützung dieser Auslegung findet P. in der von ihm gebilligten Lesart der Göttinger Handschrift, welche ohne Zweifel auch die Verfasser der Basiliken vor Augen gehabt hätten; (vergl. oben S. 335.). Hiernach soll die Partikel *et* nicht zu *renuntiet* gehören, sondern das letztere Wort zum Nachsatz gehören, woraus sich denn folgender Sinn ergebe: wenn der Erbe die Erbschaft nicht haben will, so soll er binnen 3 Monaten ausschlagen, ohne ein Inventar zu errichten oder eine Deliberationsfrist zu erwarten, et sit alienus ab hereditate" —. Allein heißt denn dies soviel als: und sey er alsdann frei von Nachtheilen, die ihn treffen würden, wenn er später ausschlägt? Und wenn es dies bedeuten könnte, findet sich wohl die entfernteste Andeutung in der Stelle davon, daß Justinian hier an den Nachtheil dachte, wovon er erst in §. 14. spricht und den er ganz ausdrücklich mit dem Nachsuchen einer Deliberationsfrist verknüpft? Die bloße Möglichkeit, daß der Gesetzgeber dies gemeint habe, so

43) Puchta u. v. Vangerow nennen den Eid einen Manifestationseid, worunter aber eigentlich der Eid verstanden wird, den die Besitzer oder Administratoren einer Vermögensmasse in Beziehung auf die Vollständigkeit der ihnen obliegenden Restitution zu leisten haben; vgl. Malblanc doctr. de jurejur. §. 48.

wie die Schwierigkeit es zu erklären, was denn die Erwähnung der dreimonatlichen Frist bedeuten könne? — berechtigt den Interpreten nicht, in die Worte einen Sinn hineinzutragen, der ihnen fremd ist[44]).

Die bisher dargestellten Ansichten gehen sämmtlich, wenn gleich eine jede in sehr verschiedener Weise, davon aus, daß die in L. ult. §. 1. cit. erwähnte dreimonatliche Frist eine präjudizielle sey, indem gewisse Nachtheile nur durch deren Innehaltung vermieden werden könnten. Einen anderen Weg schlägt Vangerow ein. Nach ihm

44) Vgl. v. Vangerow a. a. O. S. 203. fgg. §. 18. Doch sind mehrere Gegenargumente desselben nicht zutreffend und auch von Puchta in der angef. Rec. widerlegt. — Eine der Puchtaschen Meinung ziemlich ähnliche Ansicht ist neuerdings vertheidigt von *Henr.* Sintenis in der Inauguraldissertation, welche den Titel führt Capita selecta ex jure civili. Giess. 1840. 8. Cap. III. p. 67. sqq. Er ist nämlich der Meinung: der ohne Erklärung von Seiten des Erben erfolgte Ablauf der dreimonatlichen Frist habe zur Folge, daß nunmehr die Gläubiger, Vermächtnißnehmer u. s. w. den Richter veranlassen könnten, den Erben zur Abgabe seiner Erklärung innerhalb einer bestimmten Frist zu zwingen; wenn während derselben die Erbschaft abgelehnt werde, so trete das im §. 14. bestimmte Recht gegen den deliberirenden Erben allemal ein, indem die Befugniß zu inventiren durch den Ablauf der dreimonatlichen Frist verwirkt sei (p. 74. sq.). Diese Theorie schließt sich der gesetzlichen Anordnung insoferne mehr an, wie die Puchtasche, daß der im §. 14. angedrohete Nachtheil doch immer den deliberirenden Erben trifft. Ihr steht aber ausser den bereits oben angeführten Gründen auch noch das entgegen, daß nach derselben angenommen werden muß: vor Ablauf der dreimonatlichen Frist stehe den Gläubigern u. s. w. überall nicht zu, den Erben zur Erklärung zu drängen.

wollte Justinian sagen: Wer ganz deutlich und unumwunden ausschlägt, der **darf** kein Inventar mehr machen und hat auch keinen andern Umweg mehr zu hoffen; er hat mit einem Worte sogleich allen und jeden Anspruch auf die Erbschaft verloren[45]. Hiernach würde denn durch eine ganz unzweideutige Ausschlagungshandlung nicht etwa ein Nachtheil vermieden, sondern umgekehrt ein Präjudiz begründet, indem nunmehr ein Recurriren zur Erbschaft nicht wieder möglich ist, wen auch die zur Inventarisirung bestimmte Frist zur Zeit der Ausschlagung noch nicht abgelaufen war (denn lediglich darum ist nach **Vangerow** der dreimonatlichen Frist Erwähnung geschehen); wogegen, wenn noch irgend ein Zweifel gegen die Ernstlichkeit der Renunciation vorliegt, bis zum Ablauf der Inventarisationsfrist noch ein Recurs zum beficium inventarii möglich ist. — Der Urheber dieser Ansicht sucht dieselbe zuvörderst durch die Bemerkung zu begründen, Justinian habe durch seine Disposition der Annahme vorzubeugen gesucht, daß dem ausschlagenden Erben innerhalb der Inventarisationsmonate noch ein Reurecht zustehe, — eine Annahme, welche dadurch leicht hätte entstehen können, daß im alten Recht, so lange die Cretionszeit noch nicht abgelaufen war, die Erklärung, nicht Erbe werden zu wollen, dem Berufenen unpräjudizirlich gewesen sey[46]. — Daß eine solche Meinung wohl entstehen konnte und Justinian derselben durch seine Disposition vorzubeugen suchte, muß **als möglich** allerdings zugegeben werden[47]; dies aber ist, nach meiner

45) **Vangerow** S. 206. fgg. §. 19—21.

46) Gaji inst. II. §. 168.

47) M. s. übrigens was auch dagegen von **Arndts** a. a. O. S. 26. fg. bemerkt wird.

Ueberzeugung, das Einzige, was sich für diese neue Ansicht sagen läßt. Um nicht mißverstanden zu werden, bemerke ich, daß sich gegen die Wahrheit des Satzes: wer einmal verzichtet hat auf die Erbschaft, darf auch kein Inventar errichten oder ein Deliberationsspatium erbitten —, schlechterdings nichts erinnern läßt. Es fragt sich nur: ob Justinian dies auch sagen wollte, und ob sich hieraus die Erwähnung der 3 Monate befriedigend erklären lasse? Dies nur ist es, was hier zur Frage steht und was ich läugne. — Vangerow will nämlich die Partizipialconstruction (nullo nec inventario faciendo u. s. w.) so auflösen, daß das Ganze lautet wie folgt: „qui apertissime intra trium mensium spatium renunciat, alienus sit ab hereditate, *nec inventarium faciat, nec alium circuitum exspectet*." — Mit Justinians Latinität darf man es freilich nicht eben genau nehmen; auch bin ich selbst der Meinung, daß dem Kaiser bei dieser ganzen Wendung dunkel ein Gedanke vorschwebte, welcher sich ungefähr so ausdrücken läßt (nec inventarium faciat u. s. w.), wenn gleich in einem etwas verschiedenen Sinne. Allein wie man sagen könne: „es dürfe jenen Worten auch rein grammatisch nur dieser Sinn beigelegt werden [48]), — das gestehe ich nicht begreifen zu können [49]). Wäre es indessen auch

48) Vangerow a. a. O. S. 298. — Hr. v. V. provozirt hierbei auf die verschiedene Ausdrucksweise in den beiden Sätzen des §. 1., meint also doch am Ende wohl nur, daß seine Interpretation durch den logischen Zusammenhang gerechtfertigt erscheine.

49) Mag man das *faciendo* u. s. w. für das Gerundium halten (in welchem Falle es indessen den von dem Verbum regierten Casus, also hier den Accusativ: inventarium

möglich, die erwähnten Worte nach grammatischen Regeln so zu verstehen, so würde sich dies doch mit der Construction des Satzes schlechterdings nicht vertragen. Das wird sich am deutlichsten herausstellen, wenn man die vorgeschlagene Auflösung gelten läßt, sonst aber die Construction des Gesetzes beibehält; dadurch käme denn folgender Satz zum Vorschein: „si non titubante animo .... abstinendam esse crediderit hereditatem, et apertissime intra trium mensium spatium — — — — ei renuntiet, *nec inventarium faciat*, *nec alium circuitum exspectet*, *alienus sit ab hereditate*" —. Das kann wohl übersetzt werden: wer binnen 3 Monaten ausschlägt, auch kein Inventar errichtet oder eine Deliberationsfrist nachsucht, der steht in keiner weiteren Beziehung zu der Erbschaft; nimmermehr aber: wer ausgeschlagen hat und auf diese Weise der Erbschaft entfremdet ist, der darf auch kein Inventar mehr errichten u. s. w. [50]). Herr v. W. fühlt dies auch sehr wohl, indem er das: alienus sit vor: nullo inventario fac. stellt; aber da zur Rechtfertigung dieser Stellung nicht das Geringste gesagt ist,

u. s. w. nach sich ziehen müßte), oder für das Participium futuri passivi, — so kann immer dadurch kein Verbot der Inventarisirung oder der Erbittung einer Deliberationsfrist ausgedrückt seyn.

50) Vielleicht könnte man auf den Gedanken kommen, es sei vor *alienus sit* ein Colon zu setzen, so daß diese Worte den Grund ausdrückten, weshalb nicht mehr inventarisirt werden dürfe: „er soll durch den Verzicht auf immer der Erbschaft entfremdet seyn". Indessen widerstrebt auch diese Annahme dem ganzen Zusammenhange, wie ein oberflächlicher Blick auf das Ganze Jedem sagen wird.

so bedarf es auch keiner Gründe, um das völlig Willkührliche eines solchen Verfahrens nachzuweisen. — Beiläufig beruft V. sich noch auf ein anderes Argument zur Unterstützung seiner Ansicht. Es erhalte nämlich der Ausdruck *apertissime* renuntiet dadurch erst seinen rechten Sinn, indem der Kaiser hiemit andeuten wolle, daß, wenn irgend ein Zweifel gegen die Ernstlichkeit der Erklärung vorliege, noch zum beneficium inventarii recurrirt werden könne; doch dürfen die Vertheidiger der dritten Ansicht (Not. 42.) dies Argument auch wohl für sich geltend machen [51]), und keinenfalls kann auf einen solchen Nebengrund irgend ein Gewicht gelegt werden, da wo das Resultat die Regeln der grammatischen Interpretation in dem Grade gegen sich hat, wie hier der Fall ist. Dagegen macht er sich selber den Einwand, daß auch zu seiner Theorie das *Simili modo*, womit der zweite Satz eingeleitet werde, nicht zu passen scheine, indem eine Aehnlichkeit zwischen beiden Entscheidungen nicht vorhanden sey; doch sucht er diesen Einwand dadurch zu beseitigen, daß er meint, die Aehnlichkeit liege doch immer darin, daß der Kaiser bestimme: für beide Fälle sey die neue Rechtswohlthat des Inventars nicht bestimmt. Was dagegen sein Recensent bemerkt [52]), mag auf sich beruhen bleiben, da eine befriedigende Erklärung jener Uebergangsformel überall nicht durch materielle Aehnlichkeit beider Entscheidungen bedingt ist [53]). — Erheblicher ist der Einwand, den V. ebenfalls sich selber entgegenstellt, daß nach Justinians Vorschrift innerhalb der ersten 30 Tage die In-

51) Puchta angef. Rec. S. 11. a. E.

52) Puchta a. a. O. S. 12.

53) S. oben S. 340.

ventarisation beginnen müsse, womit denn von selbst ausgesprochen sey, daß nach Ablauf dieser Zeit kein Recurs zu jenem Beneficium mehr möglich sey. Habe der Kaiser also wirklich das ausdrücken wollen, was V. ihn sagen läßt, so sey nicht die Zeit von 3 Monaten, sondern vielmehr die von 30 Tagen zu nennen gewesen. „Wirklich (fährt er fort), wäre auch diese Einwendung völlig gegründet, wenn wir es mit einem Gesetzgeber zu thun hätten, der seine Worte haarscharf abzuwägen pflegte. Dies war aber bekanntlich nicht die stärkste Seite von Justinian, und da kann es uns denn auch nicht besonders wundern, daß er hier die ganze, für die vollständige Errichtung des Inventars bestimmte Zeit nennt, obwohl ich zugebe, daß der Gedanke noch schärfer ausgesprochen wäre, wenn er nur die für den Beginn der Inventarisation angeordnete Zeit genannt hätte" [54]). — Jedenfalls wird man hierin ein deutliches Anerkenntniß erblicken dürfen, daß auch nach der so eben beleuchteten Interpretation, wenn dieselbe im Uebrigen auch als richtig zugegeben werden müßte, doch eine vollständig befriedigende Erklärung nicht gegeben werden könne, weshalb der Kaiser überhaupt hier von einer dreimonatlichen Frist spricht [55]).

Darin sind denn auch drei von den Schriftstellern einverstanden, welche seitdem sich über die Stelle geäußert haben, und zwar gelangen sie sämmtlich zu demselben wesentlichen Resultate, ungeachtet keiner von ihnen die Meinung des Anderen kennen konnte. So heißt es in

54) a. a. O. S. 207. Not. 64.

55) Außer von Puchta wird die Vangerow'sche Interpretation auch von Arndts verworfen, in der angef. Rec. S. 26. 27.

der neuesten Ausgabe meines Lehrbuchs der Pandecten [56]): die fraglichen Worte seyen weder so zu verstehen, als ob der binnen 3 Monaten sich nicht erklärende Erbe die Erbschaft annehmen müsse, noch von einer gesetzlichen dreimonatlichen Deliberationsfrist, mit deren Ablauf das Recht des Erben ganz wegfalle. Die Stelle enthalte nur die, freilich eben so überflüssige als dunkel ausgedrückte Bemerkung: es könne der Erbe ohne Weiteres, d. h. ohne die Verzögerung, welche durch Anfertigung eines Inventars oder Erbittung einer Deliberationsfrist veranlaßt würde, die Erbschaft antreten oder ausschlagen [57]). Auf

56) §. 703. der dritten deutschen und der vierten lateinischen Ausgabe a. E.

57) In der dazu gehörigen Note 22. wird übrigens angenommen, daß die Deliberationsfrist innerhalb dreier Monate nachgesucht werden müsse; es wurde dafür angeführt, daß Justinian die drei Monate für Anfertigung des Inventars in unmittelbare Verbindung bringe mit einem fernerweitigen Umweg (alio circuitu), worunter offenbar nur die zu erbittende Deliberationsfrist gemeint sey. Dies so ohne Weiteres ausgesprochen, hätte als Rückkehr zur Buchholtz'schen Theorie gelten können, was denn freilich eine arge Inconsequenz gewesen wäre. Dagegen verwahrte ich mich aber ausdrücklich (ich hätte hier freilich nicht von einer dreimonatlichen Deliberationsfrist sprechen sollen, wofür sie auch Buchholtz nicht angesehen wissen will, S. 441. seiner Abhandl.), indem ich auf Note 10. verwieß, worin von dem Transmissionsspatium eines Jahres die Rede ist. Meine Ansicht war mithin die: nach Ablauf der drei Monate ist weder der Berufene selbst, noch sein Erbe ausgeschlossen (wie dieß Buchholtz annimmt, S. 396 fg. S. 436.); der letzte kann vielmehr, wenn sein Erblasser ohne Erklärung gestorben ist, immer noch binnen einem Jahre nach dem von diesem erfahrnen Erbschaftsanfall antreten, der Berufene selbst aber

ähnliche Art äußert sich Arndts[58]), dessen Ansicht nur genauer motivirt ist. Er ist nämlich der Meinung, daß der Gesetzgeber sich bei jenen Worten nichts Klares gedacht habe, weshalb denn auch nichts Klares daraus abzuleiten sey. Im §. 1. habe er zuerst den Fall berührt, auf welchen sich die gesetzliche Neuerung (das **beneficium inventarii**) nicht beziehen solle, nämlich wenn der Berufene über unbedingte Annahme oder Ablehnung der Erbschaft nicht zweifelhaft sey. Von Inventarisirung könne alsdann keine Rede seyn, und eben so wenig von anderen Umständlichkeiten, d. h. von einer Deliberationsfrist, also von keinem der beiden Mittel (**gemini tramites, §. 14. h. l.**), welche im Folgenden näher erörtert werden sollten. „Indem er aber den letzten Fall berührte, lag ihm schon im Sinne die dreimonatliche Frist, die im fol-

muß sich nach Ablauf der drei Monate, wenn er gedrängt wird, sofort erklären, ohne sich eine Deliberationsfrist erbitten zu dürfen. Mit dieser Theorie konnten die sonstigen gesetzlichen Vorschriften sehr wohl bestehen, folglich standen ihr die Schwierigkeiten nicht entgegen, wie der Anwendung der Marezoll'schen und der Buchholtz'schen Lehre. Immer aber erscheint darnach die dreimonatliche Frist als eine präjudizielle, mithin konnte man daher nicht eigentlich sagen, wie es im Texte heißt: in der Erwähnung der 3 Monate liege eine ganz überflüssige Bemerkung. Nach wiederholter Erwägung der Sache gebe ich indessen die Annahme, daß die 3 Monate in irgend einer Beziehung als präjudizielle Frist anzusehen seyen, ganz auf, lasse mithin die im Texte vorgetragene Ansicht ohne alle Modification gelten, nämlich aus dem oben S. 334. angeführten Grunde, daß Neuerungen dieser Art ohne unzweideutige Aeußerungen des Gesetzgebers nicht angenommen werden dürfen; daran aber fehlt es hier gar sehr.

58) in der angef. Rec. S. 28 fg.

genden §. für die Inventarserrichtung bestimmt werden sollte. Im Laufe von 3 Monaten wird auch gewöhnlich der Berufene, wenn er nicht zur Inventarerrichtung greift, schon durch Gläubiger oder Nacherben zur Erklärung gedrängt werden, und so wird in der Regel derjenige, welcher erst später der Erbschaft entsagt, schon in den Fall gesetzt worden seyn, um eine Deliberationsfrist zu bitten. Diese Vorstellungen dunkel im Kopfe hegend ließ der Verfasser des Gesetzes schon in §. 1. die Worte **intra trium mensium spatium** einfliessen, ohne denselben wohlbedacht eine wichtigere Bedeutung beizulegen, und ohne namentlich den Gedanken irgend klar gedacht zu haben, daß es sich anders verhalte, wenn der Berufene erst **post trium m. spatium renuntiat**, ohne vorher irgend etwas gethan zu haben, ohne namentlich zu Erbittung einer Deliberationsfrist gedrängt worden zu seyn". — Auf ähnliche Art, wenn gleich weniger klar und bestimmt, erklärt sich M. S. Mayer[59]). — Also, Justinian dachte bei dem **trium mensium spatium** nur an das Inventar und die dafür regelmäßig bestimmte Frist, — als an eine Maaßregel, die für Den, welcher der Erbschaft los und ledig sein wolle, durchaus unnöthig sei; auf eine

59) a. a. O. S. 347. fg. — In der Kürze findet sich dieselbe Ansicht schon bei Westphal (von Vorlegung u. Eröffnung der Testamente S. 187): „die drei Monate sind blos erwähnt, weil so viel Zeit zum Anfange und zur Vollendung der Inventur gesetzt ist. Die Worte wollen sagen: wenn etwa Jemand binnen der Zeit, da er sich doch des **beneficii inventarii** bedienen konnte, sich dessen nicht bedient, sondern lieber von der Erbschaft sich lossagen wollen, so soll ihm diese Rechtswohlthat auch nicht zu Statten kommen, sondern er soll sogleich nach seiner Lossagung beurtheilt werden und der Erbschaft verlustig gehen".

befriedigende Erklärung der Worte, aus logischem und grammatischem Standpunckte aber muß man verzichten. — Ohne Zweifel ein trostloses Resultat. Indessen giebt es ja auch andere Justinianische Constitutionen, bei deren Erklärung man sich genöthigt sieht, einzelne Aeusserungen als nichtssagende ganz bei Seite zu schieben [60]), in jedem Falle aber mag es mir erlaubt seyn, in der vorausgehenden Erörterung einen Beleg zu meiner öfter geäusserten, freilich auch oft genug misverstandenen Meinung, über die Bedeutung der neueren kaiserlichen Constitutionen für das Studium der Jurisprudenz, zu finden [61]). Auch diese Constitutionen, wie gering ihr Werth an sich sei, sind uns zum Studium und zur Anwendung überliefert und müssen daher eben so gut wie das Pandektenrecht Gegenstand sorgfältiger und gewissenhafter Prüfung seyn. Gelingt es aber dadurch nicht, ein durchaus klares und in sich zusammenhängendes Resultat zu gewinnen, und vollends, wenn man sich (wie in unserem Falle wohl von allen Auslegern gesagt werden kann) überzeugt hat, daß richtige Gedankenfolge und Klarheit des Ausdrucks überhaupt nicht in dem Gesetze zu suchen sei, so ist es wohl gerathener, sich an dem mit unzweifelhafter Sicherheit zu erkennenden Resultate genügen zu lassen,

60) Man denke z. B. nur an die Aeusserung Justinians über die Unwissenheit und Rechtsunerfahrenheit des Bauernstandes im Eingange der L. ult. C. *de testam.*, und vergleiche damit den wirklichen Inhalt des Gesetzes!

61) M. vgl. meine Anzeige in der Hall. A. L. Z. v. 1831. St. 151—153, ferner die Vorr. zur deutschen Ausg. meiner Pandekten. Den dadurch veranlaßten Mißverständnissen habe ich durch die Vorr. zur vierten latein. Ausg. zu begegnen gesucht.

als dennoch jedes Wort auf die Goldwaage zu legen, für prägnant zu halten, daraus hin und her zu argumentiren, und so die Zahl nutz- und endloser Controversen zu vermehren. Denn auf diese Weise aus einem solchen Gesetze neue Meinungen herauszudeuteln, ist fürwahr nicht schwer; auch ohne grossen Aufwand von Scharfsinn wird man den fünf oder sieben Ansichten (denn s. die Noten 44. u. 57) über unser Gesetz leicht noch eben so viele hinzufügen können.

§. 1468.

Insbesondere vom Beneficium inventarii. — 1) Erforderernisse eines zu Recht beständigen Inventars.

Der Erbe, welcher die Erbschaft cum inventario antritt heißt der Benefizialerbe, oder man sagt von ihm, er habe sub beneficio legis (nämlich legis ult. C. *h. t.*) et inventarii angetreten. Daß man dies Recht ausdrücklich erbitte oder impetrire ist nicht erforderlich, ja nach der richtigen Ansicht nicht einmal, daß man ausdrücklich erkläre, man wolle sub beneficio legis et inventarii antreten. Zwar behaupten Manche das Gegentheil [62]), allein ohne Grund; denn der Kaiser sagt ausdrücklich: Wer die Erbschaft antrete und binnen der gehörigen Zeit und in der von ihm vorgeschriebenen Art ein Inventar errichte, solle die Vortheile in Anspruch

62) Vgl. Voet ad Pand. *h. t.* §. 13. u. Mevius decis. P. V. decis. 145. nr. 5. 6. Dieser meint, daß wenigstens der Erbe, welcher sich in die Erbschaft einmische, ohne eine Protestation hinzuzufügen, von dem beneficio inventarii ausgeschlossen sei. — Vgl. Rumpff Diss. cit. (de jure deliberandi etc.) §. 16.

nehmen dürfen, welche das Gesetz an das Inventar knüpft. Wer also ausdrücklich oder durch Einmischungshandlungen seine Absicht, Erbe werden zu wollen, an den Tag legt und demnächst ein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet, der ist ohne Weiteres Benefizialerbe[63]). — Ein Inventarium — auch repertorium in unseren Quellen genannt[64]) — ist ein auf gehörige Weise angefertigtes Vermögensverzeichniß[65]). Bedingungen eines zu Recht beständigen Erbschaftsinventars sind nach Justinians Vorschrift[66]) I) in Ansehung der Zeit: regelmäßig soll das Inventar binnen der ersten Tage (oder binnen einem juristisch zu berechnenden Monate) begonnen, innerhalb anderweitiger 60 Tage aber vollendet werden. Ist aber der Erbe da nicht gegenwärtig, wo sich alle oder die meisten Erbschaftssachen befinden, so ist ihm im Ganzen ein Jahr, angerechnet von dem Tode des Erblassers, zugestanden. — Diese letzte Vorschrift gehört zu den zahllosen unter den neueren Kaisern ergangenen, wobei weder Maaß noch Verhältniß recht erwogen ist. Auf die Größe der Entfernung, sagt der Kaiser, kommt nichts an: „sufficit enim praefatum tempus, etsi longissimis spatiis distant". Allein dasselbe muß auch gelten, wenn der Erbe nur nicht gegenwärtig, im Uebrigen aber ganz in der Nähe ist. Ferner: wenn da, wo er sich aufhält, auch nur etwas mehr als die Hälfte von der erbschaft-

63) Struben rechtl. Bed. Bd. II. nr. II. *Fratr.* BECMANNORUM cons. II. p. 889. Höpfner Comment. §. 549. Not. 1. — Vgl. unten zu den Noten 67—71. der folg. Centurie.

64) L. 7. pr. D. *de administr. et peric. tut.* (XXVI. 7.)

65) Vgl. Bd. XI. d. Comment. §. 729. S. 39. fg. Nr. III.

66) L. ult. §. 2. 3. C. *h. t.*

lichen Substanz sich befindet, so ist er an die Zeitfrist von einem und resp. 3 Monaten gebunden, denn nun ist hier maxima pars hereditatis. Umgekehrt aber verhält es sich, wenn an dem Orte seines Aufenthalts nur ein Geringes an der Hälfte der Erbschaft fehlt; alsdann tritt die Frist eines Jahres ein. Nun aber kann oft erst bei der Durchsicht und Consignation der erbschaftlichen Papiere (mithin erst bei der Inventarisirung selbst) genau in Erfahrung gebracht werden, woraus die Erbschaft besteht und wo der größere Theil derselben sich befindet. Ja selbst, wenn man die Worte: „locis in quibus res hereditariae vel maxima pars earum *posita est*" auf die Lage der Sachen beziehen, mithin auf körperliche Rechtsobjecte, oder gar nur auf Grundstücke beschränken will[67]), kann vielfältig jene Vorfrage erst durch Inventarisirung festgestellt werden. Genug, es läßt sich der vom Kaiser angenommene Unterschied mit Consequenz

67) Mit Recht erinnert von Buchholz (Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. X. S. 394. fg. Not. 3.), daß zu einem vollständigen Inventar auch ein Verzeichniß der ausstehenden Forderungen gehöre. Wenn er aber hinzufügt, daß (zwar nicht aus grammatischen, jedoch aus logischen Gründen) bei solchen Forderungen, die in einem anderen Lande einzuziehen seien, dem Erben ebenfalls ein Jahr zur Anfertigung des Inventars zustehe, — so kann ihm darin schwerlich beigepflichtet werden. Eine Aufnahme und Taxation körperlicher Rechtsobjecte kann zweckmäßig nur da geschehen, wo sich die Sachen befinden; das Verzeichniß der Forderungen aber wird aus den erbschaftlichen Papieren (Rechnungsbüchern, den vorhandenen Obligationen, den Designationen derselben u. s. w.) angefertigt. Ohnehin sind Forderungsrechte da zu Hause, wo der Erblasser sein Domizil hatte.

gar nicht durchführen, und überdies kann, wenigstens bei nicht allzugroßen Entfernungen, keine erhebliche Verzögerung dadurch veranlaßt werden, daß der Erbe sich an dem Orte, wo die Erbschaft der Substanz nach ist, nicht gegenwärtig befindet, da das Gesetz ausdrücklich gestattet, daß er sich zur Inventur eines Stellvertreters bedienen dürfe [68]). Aber eine andere Inconvenienz für die Anwendung dieser Vorschrift ergiebt sich daraus, daß die regelmäßige Frist von 1. u. 3 Monaten ein utile tempus ist, oder erst von Zeit der erhaltenen Wissenschaft an läuft, wogegen in den Fällen, wofür die jährige Frist eintritt, ausdrücklicher Bestimmung zu Folge, dem Erben „unius anni spatium *a morte testatoris numerandum*" zur Inventarisirung gegeben ist. Nehmen wir nun an, daß der Erbe binnen einem Jahre seit dem Anfall der Erbschaft nichts davon erfuhr, daß ihm eine Erbschaft angefallen sei, so würde er das Recht eines Benefizialerben nie in Anspruch nehmen dürfen. Darum wird denn auch häufig angenommen, daß bei den Worten: a morte testatoris hinzugedacht werden müsse: wenn nämlich der Erbe den Tod des Erblassers und den Anfall der Erbschaft erfahren hat [69]). Und möglich ist

68) L. ult. §. 3. — „placuit, dare eis facultatem inventarii conscribendi, vel per se, vel per instructos procuratores, in locis, ubi res positae sunt, mittendos".

69) Die Accursische Glosse ad h. l. nimmt an, daß die regelmäßige Frist von 3 Monaten hier überhaupt das Verhältniß bestimme, weshalb denn innerhalb des ersten Drittheils von dem Jahre (nach erlangter Wissenschaft) das Inventar begonnen, innerhalb des übrigen Theils vom Jahre vollendet werden müsse. — Daß die Frist nicht unbedingt

es allerdings, daß der Kaiser diesen Fall vor Augen hatte, ja es wird dies sogar dadurch sehr wahrscheinlich, daß er in dem §. 11. der Constitution beide Zeitfristen die regelmäßige von 3 Monaten und die ausserordentliche von einem Jahre zusammenstellt, ohne des wichtigen Unterschiedes zu gedenken, daß die erste ein utile tempus, die letzte ein continuum seyn solle[70]). Mit den Worten der Stelle, welche die Anordnung zunächst und eigentlich enthält, ist dies Resultat freilich unverträglich[71]). II.) Sonstige Erfordernisse des Inventars sind 1) die Zuziehung von Tabularii, worunter hier die zur Ausfertigung von Urkunden und Beglaubigung rechtlicher Handlungen gebrauchten Personen gemeint sind, welche in Deutschland Notarien heissen[72]). Der Kaiser spricht von einer praesentia tabulariorum, woraus denn meistens geschlossen wird, daß wenigstens zwei Notarien zuzuziehen seien[73]). Indessen sagt er ganz allgemein: sub praesentia tabulariorum, ceterorumque, qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, und

vom Tode des Testirers an gerechnet werde, wird unter Anderen auch von Hellfeld in diesem §. Nr. 3. Höpfner §. 549. Nr. 2 u. Konopak (s. die folg. Note) behauptet.

70) Diesen Grund hebt besonders Konopak hervor, Institutionen §. 423. Not. m.

71) v. Buchholz a. a. O. S. 406. Not. 3.

72) Ueber die tabularii finden sich schon in den früheren Bänden dieses Commentars mehrere Erörterungen (s. die Register), zuletzt Bd. XXXIV. S. 31. fg. Note 50.

73) So namentlich die Accursische Glosse *notariorum* und *H.* Donellus in comment. jur. civ. Lib. VII. cap. 3. §. 16. — Dagegen: Rumpff diss. cit. §. 17.

da späterhin von einem Falle die Rede ist, in welchem noch ein besonderer tabularius zugezogen werden soll, so läßt sich jener Satz wohl so übersetzen: in Gegenwart der erforderlichen Notarien und der sonst bei dem Act zuzuziehenden Personen; mithin dürfte wohl ein Notarius für genügend zu achten seyn. 2) Der Erbe soll das Inventar eigenhändig unterschreiben und dabei zugleich den Betrag der Masse ausdrücken[74]), ferner erklären, daß er Alles getreulich angegeben habe, auch nichts böslicherweise bei Seite gebracht oder bringen werde[75]). Ist er des Schreibens nicht kundig, so soll Statt seiner ein besonderer Notar unterschreiben, nachdem er selbst das Zeichen des heiligen Kreuzes dem Namen vorgesetzt, und müssen in diesem Falle Zeugen, die den Erben kennen, bei dem Act zugezogen werden. 3) In einem späteren Gesetze[76]) ist noch vorgeschrieben, daß auch die an dem Orte anwesenden Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, oder deren Stellvertreter zugezogen werden sollen. Sind alle oder einige abwesend, auch keine Procuratoren derselben vorhanden, so sollen statt ihrer mindestens drei ansäßige Zeugen von gutem Rufe zugezogen werden.

Was nun die heutige Anwendbarkeit dieser Bestim-

74) Das Gesetz sagt: „significantem, et *quantitatem rerum*". Auf die einzelnen Ansätze kann dies natürlich nicht gehen, sondern nur auf Angabe der Summen der einzelnen Capitel des Inventars. Mit Recht bemerkt die Accursische Glosse ad vocem *quantitatem*, daß es genüge, wenn der Erbe im Allgemeinen die in dem Inventar enthaltenen Ansätze für richtig erklärt.

75) — „et quod nulla malignitate circa eas (res) ab eo facta, vel facienda, res apud eum remaneant".

76) Nov. 1. c. 2. §. 1. (vom J. 535).

mungen anbetrifft, so hat die Behauptung mancher Juristen, daß die von Justinian vorgeschriebenen Fristen in Deutschland überall nicht mehr beobachtet würden [77]), durchaus keinen Grund für sich [78]); so lange daher nicht Particulargesetze oder Gewohnheiten für das Gegentheil nachgewiesen werden können, muß es bei jenen Fristen sein Bewenden behalten [79]). Allerdings aber darf man wohl annehmen, daß der Richter schwerlich anstehen wird, die jährige Frist als eine erst vom Tage der Wissenschaft an laufende (mithin als utile ratione initii) zu interpretiren; auch neigt sich wohl die Praxis dahin, dem Erben, welcher sich nicht eingemischt hat, wenn er nach Ablauf der Inventarisationsfrist gedrängt wird, die Rechte eines Benefizialerben auf sein Verlangen noch zuzugestehen [80]). Die möglichen Resultate stellen sich hier-

77) Dies behaupten unter Anderen Voet ad Pand. *h. t.* §. 12. Wernher in den lectiss. comment. in Pand. *h. t.* T. II. p. 680. sq. §. 6. 7., wie es scheint, auch Höpfner Comment. §. 549. nicht aber, wie Berg (s. die folg. Note) annimmt, Hellfeld. S. unten die Note 80.

78) Mevius decision. P. V. Dec. 145. v. Berg jur. Beob. u. Rechtsfälle Bd. II. Abh. XI., welcher mit Recht (S. 115.) bemerkt: daß der Zweck des Gesetzes ein willkührliche Zeitbestimmung nicht verstatte.

79) A. D. Weber Erläut. der Pand. nach Hellfeld zu diesem §. Nr. 1. Bd. II. S. 250.

80) v. Berg a. a. O. S. 115. 116. Im Grunde behauptet auch Hellfeld nichts Anderes, indem er erfordert: „nec heredem se immiscuisse hereditati.“ — Eine andere, von den Praktikern gewöhnlich angenommene Modification der strengen Theorie, ist, daß auf den Anfang des Inventars innerhalb 30 Tage nicht zu sehen sey, wenn nur

nach so heraus: a) bei strenger Anwendung des Gesetzes ist zwar nach Ablauf der Fristen noch die Antretung oder die Ausschlagung der Erbschaft möglich, auch kann sich der Erbe ein spatium deliberandi geben lassen und wenn er daneben ein Inventar errichtet, sich dadurch gewisse Vortheile verschaffen [81]), allein Benefiziarerbe im vollen Sinne des Wortes kann er nicht mehr werden [82]). b) Nach der vorhin erwähnten irrthümlichen Behauptung würde auch der Erbe, welcher sich bereits eingemischt hat, nachdem er gedrängt wird, zur Errichtung eines Inventars erbieten dürfen, um demnächst die Gläubiger mit dem Betrag der Erbschaft abzufinden. c) Nach der zuletzt erwähnten Ansicht kommt nach Ablauf der Inventarisationsfrist jenes Recht nur denen zu Statten, welche sich noch nicht eingemischt haben. Andere Vortheile des Inventars (z. B. die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, ohne sich um die Priorität zu bekümmern), wird man solchen Erben aber schwerlich zugestehen dürfen [83]).

Die Zuziehung der Gläubiger und Vermächtnißnehmer pflegt h. z. T. zu unterbleiben und überhaupt es für genügend erachtet zu werden, wenn das Inventarium

die Vollendung binnen 3 Monaten vom Tage der Wissenschaft erfolge. S. *Fratr.* Becmanorum consil. et dec. T. II. p. 490. Rumpff Diss. cit. §. 16. p. 25.

81) S. darüber den folg. §.

82) Weber a. a. O. S. 251. Nr. 3. Vgl. den folg. §.

83) Ein eigenthümliches Recht der Niederlande bezeugen die holländischen Juristen; es kann nämlich der Testamentserbe das beneficium inventarii überhaupt nur in Anspruch nehmen, wenn kein Intestaterbe vorhanden ist, welcher jenes antreten will; *Ulr.* Huber prael. ad Pand. *h. t.* §. 3. *Jo.* Voet ibid. §. 14.

in einer auch für andere Fälle hergebrachten Form angefertigt wird, also entweder durch einen Notar unter Zuziehung zweier Zeugen, oder durch eine Gerichtsperson[84]). Auch die Unterschrift des Erben wird jetzt nicht erfordert (s. Note 89.); wo dies aber der Fall ist, da muß, wenn der Erbe unkundig des Schreibens ist, das Inventar von demselben unterkreuzt und, daß dies geschehen sey, durch einen Notar oder auf sonst herkömmliche Weise constatirt werden. Ueberdies pflegt jetzt der Inventarisirung und zwar baldmöglichst eine Versieglung der Effecten des Erblassers durch eine obrigkeitliche Person oder einen Notarius voraufzugehen, wovon freilich das römische Recht nichts weiß[85]); deshalb darf man die Besiegelung für ein nothwendiges Erforderniß nur da halten, wo sie vorgeschrieben oder hergebracht ist[86]), und auch hier pflegt man den Mangel derselben nicht für einen wesentlichen anzusehen, sondern Statt deren einen Manifestationseid des Erben (nämlich daß er weder selbst etwas auf die Seite gebracht, noch durch andere bringen lassen) für genügend zu erachten[87]). Ob der inventarisirende Erbe, ehe die Masse zu seiner Disposition gestellt oder eine förmliche Resignation erfolgt ist, privatim die Siegel abnehmen

84) Wernher u. Höpfner a. a. O.

85) Stryk us. mod. Pand. h. t. §. 5. — Das Gegentheil nimmt ohne Grund an Leyser med. ad Pand. Sp. 364. m. 5. S. dagegen Wernher l. l. p. 681. Höpfner a. a. O. Not. 3.

86) Struben rechtl. Bed. Bd. V. Nr. 7.

87) Wernher l. l. §. 8. p. 683. — In subsidium können die Erben, welche die Richtigkeit des Inventars anfechten wollen, schon nach röm. Recht einen Eid darüber vom Erben erfordern, L. ult. §. 10. *cit.* S. unten §. 1470.

und demnächst zur Inventirung schreiten könne, ist streitig, aus überwiegenden Gründen aber wohl zu verneinen, indem die Obsignation mit dazu dienen soll, die sonstigen Erbschaftsinteressenten gegen sein willkührliches Eingreifen sicher zu stellen[88]. Die Unterschrift des Erben und eine Erklärung desselben über den Massebestand oder die Richtigkeit des Inventars erklären die Praktiker für überflüßig[89], wie sie es denn in der That auch ist. Uebrigens werden, wenn die Erbmasse sich an verschiedenen Orten befindet, auch verschiedene Inventarien aufgenommen werden müssen, wobei denn die an jedem Orte geltenden besonderen Formalitäten zu beobachten, und, wie sich von selbst versteht, etwanige Mängel des einen Inventars unnachtheilig für das andere sind[90].

§. 1469.

2) Wirkungen des Inventars.

Wenn von den Wirkungen eines Inventars die Rede ist, muß man nach Justinians Gesetz zwei Fälle unterscheiden: der Erbe tritt, ohne eine Deliberationsfrist nachzusuchen, die Erbschaft sub beneficio legis et inventarii an, oder: er sucht eine Deliberationsfrist nach.

88) Rumpff Diss. cit. §. 21. Höpfner a. a. O. — Das Gegentheil behauptet zwar Leyser l. l. p. m. 419., allein aus so höchst schwachen Gründen, daß eine Widerlegung derselben sehr unnöthig erscheint. Z. B. es könne ja auch ein Testirer sein im Gericht deponirtes und mit dem Gerichtssiegel besiegeltes Testament zurücknehmen und das Siegel lösen

89) Mevius deciss. P. II. deciss. 356. Nr. 23. Brunnemann ad L. ult. C. h. t. nr. 18.

90) Mevius l. l. nr. 14—22.

A) Im ersteren Falle ist er zwar Erbe geworden und kann nun auch die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, selbst nicht innerhalb der Inventarisationsfrist[91]); allein der Erbschaftserwerb ist ihm unnachtheilig. Es tritt nunmehr die Confusion des beiderseitigen Vermögens nicht ein, in Folge deren sonst der Erbe gehalten ist, die Schulden einer insolventen Erbschaft zu zahlen[92]) und seine Rechte, welche ihm gegen den Erblasser und an dessen Sachen zustehen erlöschen[93]). Das Inventar gewährt ihm das Recht, daß er der erbschaftlichen Schulden halber nur verpflichtet wird, soweit der Bestand der Erbschaft reicht[94]), seine Rechte verbleiben ihm, weshalb er denn in Ansehung seiner Forderungen mit den übrigen Gläubigern des Erblassers gerade so concurrirt, wie wenn er überall nicht Erbe geworden wäre. „**Si vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hac confundantur, sed similem per omnia habeat fortunam: temporum tamen praerogativa inter creditores servanda**"[95]). Außerdem zieht er die der Erbschaft wegen von ihm aufgewandten Kosten ab, als:

91) Das Gegentheil ist zwar bisweilen behauptet, z. B. von Marezoll im Arch. für civ. Pr. Bd. VIII. S. 275. S. aber dagegen v. Buchholtz Zeitschr. für Civilr. u. Proz. Bd. X. S. 420 fg. Nr. 7. und v. Vangerow a. a. O. S. 173—177. Vgl. auch oben S. 328 fg. und daselbst Note 17 u. 19.

92) S. mein Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 706. Nr. III. 1—3.

93) S. mein Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 706. Nr. III. 1. 2.

94) L. *ult.* §. 4. C. *h. t.* — „**nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant.**"

95) L. 22. §. 9. in f. C. *h. t.*

die auf des Erblassers Leichenbegängniß, Ueberreichung und Eröffnung des Testaments, die Inventur u. dgl. m. verwandten [96]). Daneben aber gewährt ihm die Inventarisirung noch ganz besondere Rechte, nämlich folgende: 1) Während er mit Anfertigung des Inventars beschäftigt ist, darf er von Gläubigern und Vermächtnißnehmern überall nicht belästigt werden, wogegen aber auch wider die Gläubiger während dieser Zeit keine Verjährung laufen soll [97]). Auch hypothecarische Klagen finden innerhalb dieser Zeit nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nicht Statt; allein da das Gesetz nur Gläubiger und Vermächtnißnehmer nennt, so beruht die Meinung auf gutem Grunde, daß diejenigen, welche ohne Vermächtnißnehmer zu seyn, Eigenthumsrechte an den in der Erbmasse befindlichen Sachen geltend machen wollen, daran nicht gehindert sind, da diese doch nicht *creditores* genannt werden dürfen [98]). Den Ausdruck *creditores* dürfen wir aber auch in vollem Sinne nehmen, so daß also die Realisirung oder Execution der bereits gegen den Erblasser entschiedenen Forderungen ebenfalls bis zur vollendeten Inventur ausgesetzt bleiben muß [99]). Daß dagegen der inventarisirende Erbe seiner Seits nicht behindert ist, die Erbschaftsschuldner zu mahnen und auszuklagen, ver-

96) L. 22. §. 9. cit. — Vgl. über diese u. die a. Wirkungen des Inventars v. Buchholtz a. a. O. S. 412—421.

97) L. 22. §. 11. ibid. — „nullo scilicet ex hoc intervallo creditoribus hereditariis circa temporalem praescriptionem praejudicio generando."

98) Voet comment. ad Pand. §. 17. v. Buchholtz a. a. O. S. 412. Note 5.

99) Voet l. l. u. die sonst von v. Buchholtz a. a. O. S. 412. Note 3. angef. Schr.

steht sich von selbst. — 2) Der Erbe darf die sich als solche legitimirenden Gläubiger befriedigen, ohne dabei prioritätsmäßige Grundsätze oder das vorzüglichere Recht des einen vor dem Anderen zu berücksichtigen; selbst die Vermächtnisse kann er auszahlen, mögen es Sachen- oder Geldvermächtnisse seyn, in welchem letzteren Falle er, wenn kein baares Geld vorräthig ist, Erbschaftssachen verkaufen und aus dem Erlös die Vermächtnißnehmer (wie auch die Gläubiger) befriedigen darf. Ist nun die Masse erschöpft, so findet gegen ihn weiter keine Forderung Statt[100]), dagegen steht es den nicht befriedigten Gläubigern frei, ihr Recht gegen die Vermächtnißnehmer, sowie gegen nachstehende Gläubiger geltend zu machen. Wider die ersteren klagen sie mit der hypothecaria actio oder indebiti condictio[1]), wider die letzteren mit der hypothekarischen oder der durch dies Gesetz ihnen gegebenen persönlichen Klage, welche daher condictio ex lege heißt; doch können die Empfänger (nämlich nicht blos die Besitzer verhypothezirter Sachen, sondern auch diejenigen, welche durch eine in solutum datio abgefunden sind), durch Zahlung des Schuldbetrags sich

100) L. 22. §. 5. *h. t.* „Sin — creditores, qui post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur —". §. 7. ibid. „Contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur;" d. h. ihm wird eine doli (generalis) exceptio gegen die Klage gegeben hered. §. 18. oder wie die früheren Juristen (s. die von Hellfeld angef. Diss. von Lauterbach de invent.), es nannten: eine exceptio inventarii conficiendi —!

1) L. 22. §. 5. C. *h. t.*

von der Klage befreien[2]). Das Gesetz erwähnt nur die hypothekarischen Gläubiger; die Ausleger wollen aber ein gleiches Recht auch den privilegirten Chirographarien wider die einfachen persönlichen Gläubiger zugestehen[3]). Allerdings ist dies der rechtlichen Billigkeit gemäß und scheint auch in der ratio legis eine sehr erhebliche Unterstützung zu finden. Diese ist: der Erbe soll frei seyn von Ansprüchen der nicht befriedigten Gläubiger; gewiß liegt daher der Schluß sehr nahe: Anderen gegenüber behalten die Gläubiger ihr volles Recht. In der That würde aber hieraus mehr folgen, als was man daraus herleitet; nicht blos die privilegirten Gläubiger könnten sich darauf berufen, sondern auch gleichberechtigte würden von den Empfängern die Herausgabe einer Rate einklagen können, wie dies auch von einigen Wenigen angenommen wird[4]). Dagegen hat man sich zwar auf den Satz: occupantis est melior conditio, oder: in pari causa potior est causa possidentis, berufen[5]); allein soll diese Regel zur Anwendung kommen, so würde man sie auf alle und jede befriedigte Gläubiger anwenden müssen. Ehe ein Concurs eröffnet ist, kann jedem, auch dem schlechtesten,

2) L. 22. §. 6. C. *h. t.* S. unten Note 8.

3) Perez prael. in Cod. *h. t.* nr. 11. IV. Voet ad Pand. *h. t.* §. 20. in f. Rumpff diss. cit. §. 25. S. auch die unten Not. 5. angef. Schr.

4) So: Brunnemann comment. ad h. l. nr. 31. in f. *A.* Merenda controvers. jur. Lib. XVIII. c. 47. §. 10—17.

5) Schweppe Privatr. Ausg. von Maier Bd. V. S. 108. fg. v. Wening-Ingenheim Lehrb. Bd. III. §. 507. (oder Buch V. §. 170. Nr. 5. c.). v. Buchholtz a. a. O. S. 417. Note 2.

Gläubiger wirksam gezahlt werden[6]) und nur die Pfandgläubiger können ihr Recht wider diejenigen geltend machen, welche durch in solutum datio einer dem Pfandrechte unterworfenen Sache befriedigt sind. Wäre nun der Ausdruck des Gesetzes dunkel oder zweideutig, so würde man ohne Bedenken die gesetzliche Disposition so ausdrücken dürfen: in Ansehung ihres Verhältnisses zu einander behalten und üben die Gläubiger das Recht, nach welchem sie im Concurs classifizirt werden müßten; alsdann würde aber der Grundsatz: occupantis est melior conditio überall nicht zur Anwendung kommen können, wie dies namentlich auch für den Fall anerkannt ist, wenn ein Hausherr die verschuldete merx peculiaris unter die Gläubiger seines Sclaven oder Sohnes vertheilte[7]). Fassen wir aber die Stelle, welche hier in Betracht kommt, genauer ins Auge, so ergiebt sich bald, daß diese Auslegung ganz unmöglich ist: „Sin vero (heißt es) heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint: liceat aliis creditoribus *qui ex anterioribus veniunt hypothecis*, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre“[8]). Allerdings findet sich hierbei noch eine Abweichung von dem regel-

6) L. 6. §. 6. 7. D. *quae in fraud. cred. facta sunt.* (XLII. 8).

7) L. 5. in f. L. 6. L. 7. pr. D. *de tributoria act.* (XIV. 4).

8) L. 22. §. 6. in f. D. *h. t.*

mäßigen Rechte, indem die hypothekarischen Gläubiger auch gemachte Geldzahlungen reclamiren dürfen, selbst wenn das empfangene Geld schon mit dem des Empfängers vermischt oder von ihm ausgegeben seyn sollte. Das Recht vorgehender Pfandgläubiger ist also vom Gesetzgeber vollständig respectirt und in dieser Hinsicht wird alles vom inventarisirenden Erben Verausgabte so angesehen, als gehöre es noch zur Gesammtheit des dem Erblasser unterworfenen Vermögens. In Ansehung der sonstigen Gläubiger dagegen ist der Grundsatz: vigilantibus sunt jura scripta stillschweigend anerkannt, oder: Wer vor Eröffnung des Concurses Zahlungen erhält, kann das Empfangene behalten [9]). Will man hier aber die rechtliche Billigkeit walten lassen (wohin allerdings Doctrin und Praxis sich neigen), so erfordert es die Consequenz, nicht blos den privilegirten Chirographien, sondern auch den gleichberechtigten ein Reclamationsrecht zuzugestehen. — Das bisher gewonnene Resultat nun läßt sich in folgenden Sätzen zusammenfassen: a) Gegen Vermächtnißnehmer haben alle Gläubiger ein Revocationsrecht, natürlich mit einem Vorzuge der hypothecarischen vor den übrigen, und unter jenen wieder der besseren vor den schlechteren. b) Gegen Mitgläubiger steht dies

9) Ohne sich ausdrücklich hierüber zu erklären, beschränkt auch *H.* Donellus comment. jur. civil. Lib. VII. c. 3. §. 23. das Reclamationsrecht auf Pfandgläubiger; denn er sagt: alle Gläubiger, auch die chirographarischen fordern von den Vermächtnißnehmern zurück; hypothecarische Gläubiger haben dies Recht nicht blos gegen Legatarien, sondern auch gegen Mitgläubiger. Eben so Zimmern Grundriß des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts, Anhang S. 71. Nro. 3.

Recht nach Justinians Gesetz nur den hypothekarischen Gläubigern wider die schlechteren Pfandgläubiger und die Chirographarien zu; sie üben dasselbe mittelst der hypothecaria actio aus, oder, wenn Geldzahlungen gemacht sind, oder aber die in solutum gegebene Sache sich nicht mehr in den Händen des Empfängers befindet, mittelst der condictio ex lege [10]) —, denn die indebiti condictio ist hier natürlich nicht anwendbar, da auch die schlechteren Gläubiger ein debitum empfangen haben. — Wie gestaltet sich nun aber das Verhältniß des Erben selbst (welcher, wie wir oben gesehen haben, seine Rechte als Erbschaftsgläubiger behält) gegen seine Mitgläubiger? Daß er sich selber bezahlt machen darf, leidet keinen Zweifel, eben so wenig, daß er Pfandgläubigern, oder wenn auch er zu diesen gehört, besseren Pfandgläubigern weichen muß. Aber kann er die chirographarischen Gläubiger, auch die privilegirten, ausschliessen? Dies scheint unbillig zu seyn, weil er das Vermögen in Händen hat und sich selber bezahlt macht. Indessen kann doch seine Lage keine schlechtere seyn, wie die dritter Gläubiger. Muß er anderen Gläubigern das ihrige auszahlen, so wie sie sich melden, warum nicht auch sich selber? Er würde ja dies Recht wider den Erben haben, wenn er selbst nicht Erbe wäre, und überdies sagt das Gesetz ausdrücklich: er solle gleiches Recht mit anderen Gläubigern haben (similem cum aliis creditoribus *per omnia* habeat fortunam); nur muß er erforderlichen Falls sich darüber ausweisen, daß er an sich selber gezahlt habe, ehe andere sich meldeten. Gegen

10) Gl. Accursii *per condictionem* ad *h. l.* Glück Bd. XIII. dieses Comment. §. 842. S. 240. fg.

die hier aufgestellte Ansicht darf man sich auch nicht darauf berufen, daß es heißt: **temporum tamen praerogativa inter creditores servanda** (§. 9. in f.). Dies will nur sagen: wo Andere durch eine solche Prärogative ausgeschlossen werden, da wird auch er es. Nun findet aber bekanntlich ein Vorzug der Zeit für chirographarische Gläubiger nicht Statt[11]), folglich sind jene Worte wieder nur auf Pfandgläubiger zu beziehen[12]). — Uebrigens versteht sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, daß der Erbe bei der Auszahlung an andere Gläubiger, wie an sich selber, **bona fide** verfahren muß, widrigenfalls aber sich verantwortlich macht, oder Entschädigungsklagen von Seiten der Creditoren ausgesetzt ist. Zeigt sich ihm also wirkliche Insolvenz, oder sind auch nur die Umstände von der Art, daß Insolvenz zu befürchten steht, so darf er nicht ohne Weiteres Zahlungen leisten, sondern er muß eine Convocation der Gläubiger und sonstige concursmäßige Einleitungen veranlassen[13]). — 3) Es darf der Erbe die einzelnen Erbschaftssachen frei vom Pfandrechte verkaufen, falls er nur das Kaufgeld zur Befriedigung von Gläubigern oder Vermächtnißnehmern verwendet[14]). — Daß auch hier von Pfandgläubigern die

11) **L. 32. D.** *de reb. auct. judic. possidend.* **(XLII. 5.)**

12) v. Buchholtz a. a. O. S. 417. gesteht das Occupationsrecht den Erben nur in Beziehung auf solche Mitgläubiger zu, welche im Concurse an derselben Stelle mit ihm classifizirt werden würden. S. was dagegen oben im Texte zu den Noten 5 — 8 bemerkt ist.

13) **Mevii decis. P. II. dec. 358. not. 4. Brunnemann ad** *h. l.* **nr. 31.**

14) **L. 22. §. 5. u. 8.** *eod.* **„Sed nec adversus emtores rerum hereditariarum, quas ipse heres pro sol-**

Rede ist, ergiebt sich nicht blos aus dem unmittelbaren Zusammenhange der Stelle mit der voraufgehenden Bestimmung, sondern auch daraus mit Bestimmtheit, daß nur dinglichen Gläubigern das Recht zustehen kann: adversus emtores rerum venire, oder, ihr Recht gegen die Besitzer von Sachen als solche geltend zu machen. Allgemein wird daher dieser Satz so verstanden; nur sollte man ihn nicht so ausdrücken: durch Veräusserung erlösche das Pfandrecht[15]), indem ja auch in der datio in solutum an einen Gläubiger eine Veräusserung liegt. Insoferne ist denn der Tadel v. Buchholtz's vollkommen begründet[16]); unrichtig ist es aber, wenn dieser Schriftsteller meint, es werde durch Verkauf von Seiten des Benefizialerben keine Beendigung des Pfandrechts herbeigeführt, sondern nur eine Beschränkung hinsichtlich der Subjecte, gegen welche die hypothecaria actio anzustellen ist. Das Gesetz spricht dem Pfandgläubiger die Klage wider den Käufer ausdrücklich ab, wenn Gläubiger oder Vermächtnißnehmer mit dem Kaufgelde befriedigt sind; unter dieser Voraussetzung ist denn also ihr Pfandrecht wirklich erloschen. — Es lag hierbei die Absicht zu Grunde, den Erben gegen Ansprüche wegen Eviction sicher zu stellen. Allein offenbar ging der Kaiser weiter, als Recht und Billigkeit es verstatten. Auch der vor-

vendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur: quum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios pervenientibus, et suum jus persequentibus".

15) Wie dies von Mackeldey Lehrb. des heut. R. R. §. 327. a. E. geschieht.

16) a. a. O. S. 415. Not. 4.

sichtigste Gläubiger ist jetzt nicht gegen den Verlust seines Pfandrechts gesichert, ohne daß er dies einmal weiß oder vermeiden kann; er ist es um so weniger, da der inventarisirende Erbe, welcher frei vom Pfandrecht verkaufen darf, leicht einen Käufer finden wird. Nur wenn der Verkauf heimlich und in fraudem creditorum geschähe, würde eine Anfechtung desselben oder doch ein Anspruch der Gläubiger wider den Erben möglich seyn; allein den Beweis davon müßten die Erben übernehmen, und das hieße für die meisten Fälle eben soviel, als sie ihres Rechts geradezu berauben. Nun giebt es aber ein Mittel, den Erben sicher zu stellen ohne die Rechte Anderer zu verletzen, nämlich, durch öffentlichen Verkauf der Erbschaftssachen nach vorgängiger Edictalcitation Derer, welche Ansprüche an dieselben haben. Hier dürfte es daher wohl der Praxis gestattet seyn, einen Schritt weiter zu gehen, wie das Gesetz, und dem Erben zur Pflicht zu machen, den Verkauf auf eine Art zu bewerkstelligen, wodurch schon nach allgemein rechtlichen Grundsätzen Pfandrechte vernichtet werden[17]. — 4) Durch das Inventar erhält der Erbe sich das Recht auf den Abzug der Falcidischen Quart[18]), wenn nämlich nach Bezahlung der Schulden noch etwas übrig bleibt; denn sonst kann überhaupt nichts an die Vermächtnißnehmer kommen.

17) Vgl. Voet comment. ad *h. t.* §. 19. in f. Rumpff Diss. cit. §. 26. in f.

18) L. 22. §. 4. C. *h. t.* — Da das Röm. Recht auch für die s. g. Trebellianische Quart keinen anderen Namen kennt, als den der Falcidia (s. mein Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 767), so versteht sich von selbst, daß auch der inventarisirende Fiduciarerbe dem Fideicommißerben die Quarte abzuziehen berechtigt ist; s. v. Buchholtz a. a. O. S. 413. Nr. 2. Vgl. unten §. 1471.

Von selbst versteht sich wohl, daß diese Bestimmungen über die Rechte des inventarisirenden Erben, soweit diese nicht schon gemeinrechtlich jedem Erben zustehen (wie das zuletzt erwähnte) als singuläre Rechte zu betrachten und auszulegen, mithin auch nicht logisch ausdehnend zu erklären sind. Verwerflich ist es daher a) wenn man dem Erben das Recht einräumt, die Gläubiger zur Annahme einer in solutum datio zu zwingen[19]), da doch das Gesetz nur davon spricht, welche Wirkung es habe, wenn er sie durch in solutum datio abfindet[20]). Ferner b) wenn man dem Benefizialerben das Recht zugesteht, durch die Majorität der chirographarischen Gläubiger einen Nachlaßvertrag zu erzwingen. — Bekanntlich bestimmt das römische Recht, daß der Erbe vor dem Antritt einer insolventen Erbschaft sich mit den Gläubigern eines Nachlaßvertrages wegen einigen darf. Der Beschluß der Gläubiger wird durch Stimmenmehrheit bewirkt, die Stimmen werden zunächst nach den Summen gezählt, und nur, wenn diese gleich sind, entscheidet Personen-Mehrheit; doch sind Pfandgläubiger daran nicht gebunden[21]). Als Grund dieses Zwangsrechts wird angegeben: Schonung des Rufs und der Ehre des Verstorbenen, oder Verhütung eines in dessen Namen zu eröffnenden Concurses[22]). Aber auch hievon abgesehen, kann dies Recht auf den cum beneficio inventarii antretenden Erben nach Röm. Rechte wenigstens keine An-

19) S. unter Anderen Westphal von Verlegung und Eröffnung der Testamente §. 33.

20) v. Buchholtz a. a. O. S. 418. fgg. Nr. 6.

21) L. 7. §. 19. L. 8. 9. 10. D. *de pactis* (II. 14).

22) L. 23. D. *quae in fraud. credit.* (XLII. 8).

wendung finden, indem es ja ausdrücklich davon abhängig gemacht wird, daß die Erbschaft noch nicht angetreten sei. Zwar nimmt Voet das Gegentheil an, indem er meint, daß ein Nachlaßvertrag für die Gläubiger leicht vortheilhafter seyn könne, als ein übereilter Verkauf[23]. Allein könnte man diese Voraussetzung auch als richtig zugeben, so würde doch dieser Grund hier um so weniger etwas entscheiden können, da das Röm. Recht hierbei überall nicht das Beste der Gläubiger, sondern die Ehre des Verstorbenen und daneben auch das Beste des Erben selbst berücksichtigt[24]). — Wie aber, wenn jenes Zwangsrecht auch in Beziehung auf das überschuldete Vermögen eines Lebenden, also für jede verschuldete Vermögensmasse anerkannt ist? Wir enthalten uns hier einer Erörterung darüber: ob dies der Fall sei? und begnügen uns mit der Bemerkung, daß von der bei weitem überwiegenden Mehrzahl unserer Juristen angenommen wird, nach einer Usualinterpretation sei die Bestimmung des Röm. Rechts auf jedes in Concurs gerathene Vermögen ausgedehnt[25]). In diesem Falle kann natürlich auch der Erbe, welcher pure, also nicht sub beneficio legis et inventarii, angetreten hat, es in Anspruch nehmen; denn es kann dem Erben, welcher eine insol-

23) comment. ad Pand. Tit. *de pactis* §. 26.

24) arg. L. 58. §. 1. D. *mandati* (XVII. 1); *verb.* „nec enim, si quis dixerit — — — — heredi consulitur, sed“ *etc.* Vgl. Spangenberg in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. VI. S. 234.

25) Pfeiffer pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtsw. Bd. III. Abs. I. S. 11. fg. W. H. Puchta Concursprozeß §. 210. 211. Mein Lehrb. der Pand. Bd. I. §. 172. a. E. u. Note 4.

vente Erbschaft angenommen hat, nicht weniger Recht zustehen, als dem, über dessen ursprüngliches Vermögen der Concurs eröffnet wird. Hier handelt es sich aber um das Recht des Benefizialerben. Dieser nun ist gar nicht weiter dabei interessirt, ob ein Nachlaßvertrag zu Stande komme, oder nicht, da das Gesetz ihn hinlänglich schützt, folglich kann er auch nicht darauf antragen, daß die Gläubiger sich zu diesem Zwecke einigen. Eine andere Frage ist: ob nicht die Gläubiger sich dennoch über einen Nachlaßvertrag mit dem Erben einigen könne und in diesem Falle ein Zwang der Majorität gegen die Minorität statthaft sei? Dies wird von Manchen verneint, und zwar hauptsächlich aus folgenden Gründen: es sei durch L. ult. C. *h. t.* bestimmt, wie hier verfahren werden solle. Ein Concursverfahren könne in diesem Falle nicht vorkommen; die Gläubiger dürften nur einzeln ihre Befriedigung fordern. Mache sich der Erbe suspect, so könnten zwar die Gläubiger nach dem allgemeinen Recht Beschlagnahme und Verkauf des Vermögens fordern, das Verfahren aber sei gegen den Erben zu richten, den Verstorbenen treffe dabei kein Nachtheil und der Erbe verdiene in diesem Falle keine Nachsicht [26]). — Der letzte Grund kann hier aber gar nichts beweisen, da von uns zugestanden wird, daß der Benefizialerbe zu derartigen Anträgen überall nicht befugt sei, möge er sich suspect machen, oder nicht. Es ist aber auch nicht für richtig zu halten, daß eine venditio bonorum oder ein Concursverfahren überall nicht mehr vorkommen könne, wenn die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten

26) Hefftter im Arch. für civ. Pr. Bd. X. S. 342. Nr. 1. dem Spangenberg Zeitschr. für. Civilr. u. Proceß Bd. VI. S. 238. fg. beistimmt.

wird, da, wie wir oben (zur Note 13) gesehen haben, der Erbe unter Umständen sogar verpflichtet ist, concursmäßige Einleitungen zu veranlassen, in welchem Falle denn auch das sonst bei Concursen übliche Verfahren zulässig seyn muß. Gesetzt aber, es liegen auch dazu noch keine hinreichenden Gründe vor, so kann doch auch schon eine bloße Unsicherheit und der Mangel bereiter Zahlungsmittel die Veranlassung zu Moratorien und Nachlaßverträgen werden. Hat nun gleich der Erbe wegen mangelnden Interesses ein Recht darauf anzutragen, so ist doch eben auch nur zu seinem Besten angeordnet, daß die Gläubiger einzeln ihre Befriedigung, soweit die Masse reicht, nachsuchen sollen. Wenn daher die Gläubiger in Masse andrängen, und es ergiebt sich, daß durch augenblicklichen Verkauf genügende Zahlungsmittel schwerlich herbeigeschafft werden können, so ist in der That nicht abzusehen, weshalb eine Vereinigung mit den Gläubigern ausgeschlossen seyn soll, wonach der Erbe sich zur Auszahlung gewisser Procente an die chirographarischen Gläubiger verpflichtet; dies aber vorausgesetzt, muß auch ein Zwang durch die Majorität hier Statt finden, zumal sonst ein Concurs sich schwerlich vermeiden läßt [27]).

Streitig ist auch, ob die Erbschaftsgläubiger nöthig

27) Gleicher Meinung ist auch Schweppe, Syst. des Concurses §. 19. (S. 39.) c. 3. A., der den oben hervorgehobenen Grund zwar dunkel ausdrückt, aber durch Spangenberg a. a. O. S. 233. nicht widerlegt ist, indem dieser davon ausgeht, daß über eine cum beneficio invent. angetretene Erbschaft kein Concurs eröffnet werden könne. — Vgl. Pfeifer a. a. O., dessen Gründe für die Zwangsnachlaßverträge hier benutzt werden können, wenn er sich gleich auf unsere Frage nicht besonders einläßt.

haben, eine separatio bonorum nachzusuchen, um des Erblassers Vermögen von dem des Erben zu trennen? Auf den ersten Anblick möchte man glauben, die Frage sei zu verneinen, da das Gesetz selbst die Erbschaftsmasse schon genugsam von dem Vermögen des Erben gesondert zu haben scheint[28]). Bei genauerer Erwägung wird man indessen das Gegentheil für richtiger halten müssen. Der nächste und eigentliche Zweck des Gesetzes ist nämlich, den Erben sicher zu stellen und dadurch denselben zur Annahme der Erbschaft sub inventario zu bestimmen. Deshalb soll der Erbe sich durch Zahlung an die Gläubiger, so wie sie sich melden, nach dem Bestande der Erbschaft, von allen weiteren Ansprüchen befreien können, seine eignen aber behalten. Hieraus folgt nun allerdings von selbst, daß er sich aus der Erbschaft nichts aneignen, noch seine eignen Gläubiger daraus befriedigen dürfe, bis die Gläubiger des Erblassers befriedigt sind; mehr aber auch nicht. Ja das Gesetz sichert ausdrücklich nur das Recht der hypothecarischen Gläubiger und zwar vollständig blos gegen Mitgläubiger und Vermächtnißnehmer, das der chirogropharischen aber lediglich gegen die Vermächtnißnehmer. Daraus geht denn hervor, daß die Gläubiger bei unbefugten Erogationen des Erben aus dem erbschaftlichen Vermögen (namentlich bei Zahlungsleistungen an dessen Gläubiger) sehr häufig nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben haben werden; die persönlichen Gläubiger sind jedenfalls darauf beschränkt, und im Falle die Erogationen von erbschaftlichem Gelde an Andere als die im Gesetze benannten Personen gemacht sind, die

28) Diese Ansicht vertheidigt auf die Autorität practischer Juristen Westphal von Vorleg. u. Eröffnung der Testamente §. 336.

dinglichen gleichfalls. Das Gesetz gewährt daher den Gläubigern das nicht, was sie durch separatio bonorum erreichen können: vollständige Trennung des erbschaftlichen Vermögens zum Zweck ihrer ausschließlichen Befriedigung aus demselben. Daher darf ihnen denn auch die Befugniß nicht abgesprochen werden, die Separation nachzusuchen, sobald die Umstände von der Art sind, daß concursmäßige Einleitungen zu ihrer Sicherstellung nöthig erscheinen [29]).

Wenn nun aber auch Aenderungen des früheren Rechts nicht angenommen werden dürfen, falls sie nicht im Gesetz ausdrücklich angeordnet sind, oder sich aus dem Zweck desselben mit Bestimmtheit ergeben, so darf man doch bei der Interpretation und Anwendung singulärer Rechtsvorschriften ihren Zweck, oder das, was der Gesetzgeber durch seine Disposition realisiren wollte, nicht aus den Augen verlieren. Hiernach muß denn die Frage: ob der Erbe die über sein Eigenthum von dem Erblasser vorgenommenen Dispositionen gelten lassen müsse? wohl verneint werden [30]). Zwar spricht Justinian ausdrücklich nur von einer Confusion der Klagen des Erben gegen den Erblasser; diese soll nicht Statt finden [31]). Auch lassen sich die Worte: „nihil ex sua substantia penitus heredes amittant" (L. 22. §. 4. cit.) buchstäblich nicht hieher ziehen, da sie nur bestimmen, daß die erbschaftlichen

29) Vgl. *Ant.* Faber Error. Pragmat. Dec. II. Err. 2. 3.

30) Schweppe Röm. Privatr. n. A. Bd. V. §. 848. S. 181; welcher übrigens richtig bemerkt: der Erbe müsse aber Denen, welchen der Erblasser Sachen veräussert habe, Caution leisten, soweit die Erbschaft reiche.

31) L. 22. §. 9. cit. — „Si vero et ipse — — — non hae confundantur" —.

Gläubiger ihre Ansprüche nicht wider das Vermögen des Erben geltend machen dürfen. Aber zu weit geht man wohl, wenn man daraus folgert, daß der Erbe sich die von dem Erblasser vorgenommenen Veräusserungen seiner Sachen gefallen lassen müsse und nur persönliche Entschädigungsklagen wider den Erblasser habe. Der Kaiser will, daß der Erbe sich ohne weiteres Ueberlegen zur Uebernahme der Erbschaft entschliesse; wird er dies thun, wenn er weiß, daß ihm zugehörige Sachen vom Erblasser veräussert sind? In der Regel gewiß nicht, wenn er nicht überzeugt ist, daß die Erbschaft ihm überwiegende Vortheile gewähre; meistens wird er lieber sein Eigenthum wieder haben wollen, als eine Geldentschädigung. Aber nicht einmal diese gewährt ihm das Gesetz mit Sicherheit. Sein Entschädigungsanspruch ist immer ein blos persönlicher; als persönlicher Gläubiger muß er aber nicht blos den Pfandgläubigern nachstehen, sondern auch den Chirographarien, welche sich melden, ehe er sich selber bezahlt gemacht hat. Es läßt sich daher im voraus sehen, daß ein irgend vorsichtiger Gläubiger, wenn er überhaupt zweifelhaft ist, ob er pure antreten könne, entweder die Erbschaft ausschlagen, oder sich eine Deliberationsfrist geben lassen werde. Dies nun ist zwar nicht verboten, doch auch nichts weniger als begünstigt, vielmehr sucht der Kaiser es dadurch zu verhüten, daß er dem deliberirenden Erben manche Rechte und Vortheile entzieht, deren der **sub beneficio legis et inventarii** antretende Erbe sich zu erfreuen hat. Wenn es nun gleich nur in der besondern Beziehung auf die Klagen wider den Erben, so wie auf dessen Forderungen gegen den Erblasser ausgesprochen ist, daß die Antretung ihm unnachtheilig ist, so erfordert doch der Zweck des Gesetzes, hierin den

Ausdruck eines allgemeinen Prinzips zu erblicken, und sonach dürften denn die überwiegenden Gründe für die Verneinung unserer Frage sprechen[32]). — Aus einem etwas anderen Gesichtspunct ist die Frage zu behandeln: ob der Benefizialerbe ein Vermächtniß, dessen Gegenstand seine eigne Sache ist, anzuerkennen verbunden sey? Bekanntlich ist die Wirksamkeit solcher Anordnungen im Allgemeinen davon abhängig, daß der Erbe dafür aus der Erbmasse entschädigt wird[33]). Dies ganze Rechtsverhältniß ist also nicht aus der Repräsentativqualität des Erben, oder der Confusion des beiderseitigen Vermögens, abzuleiten, wie es denn ja auch für andere One-

32) Das Gegentheil wird übrigens auch nur mit der Modification vertheidigt: der Erbe könne die Veräusserung anfechten, insoweit er nicht aus der Erbschaft entschädigt sei. Voet ad Pand. Tit. *de rei vind.* §. 16. Wenig Lehrb. Bd. III. §. 507. oder Buch V. §. 170.) Nr. 4. v. Buchholtz a. a. O. S. 421. Nr. 8. — Indessen abgesehen davon, daß doch allemal dem Erben hier ein Opfer zugemuthet wird, was gegen den Zweck von Justinians Gesetz streitet, so würde doch die Anwendung eines solchen Rechts Inconvenienzen herbeiführen, welche weder mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten eines Erben, noch mit sonstigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen vereinbar sind. Denn nicht nur müßte der Erbe auch dem Erwerber seiner Sache genaue Rechenschaft von dem Bestande der Erbschaft und der Art ihrer Verwendung ablegen, sondern bei theilweiser Entschädigung sich auch auf theilweise Vindication beschränken, die denn doch auch wohl der Besitzer sich nicht gefallen lassen dürfte; (arg. L. 26. §. 4. D. *de cond. indeb.* — „nemo enim invitus compellitur ad communionem").

33) §. 1. J. *de singulis reb. per fideic. relict.* (s. die folg. Note). L. 114. §. 7. D. *de leg.* II.

rirte gilt[34]), fällt mithin blos wegen nicht eintretender Vermögensconfusion noch keineswegs weg. Ist daher der Benefizialerbe wirklich entschädigt, so muß er ein solches Vermächtniß anerkennen, ganz eben so, wie ein in ähnlicher Art belästigter Vermächtnißnehmer, wenn er das Vermächtniß angenommen hat und aus dem Nachlaß entschädigt ist; hier also genügt es, daß der Erbe die Erbschaft angetreten hat, gleichviel, welche besondern Wirkungen sonst für ihn aus dieser Antretung entstehen[35].

B) Gehen wir nunmehr zu dem zweiten Hauptfall über: der Erbe läßt sich ein spatium deliberandi geben. In diesem Falle kann er innerhalb der Deliberationsfrist die Erbschaft ausschlagen, er mag ein Inventar errichten oder nicht, da Einmischungshandlungen, welche ein deliberirender Erbe zu dem Zwecke vornimmt, um sich von dem Bestande der Erbschaft und ihrer Solvenz zu überzeugen, natürlich nicht als Erbschaftsantretung behandelt werden können; läßt er die Frist aber ohne Erklärung verfließen, so wird die Antretung als geschehen angenommen[36]. Hierbei nun sind wieder zwei Fälle zu unterscheiden (vgl. oben S. 299):

34) §. 1. J. *de singul. reb. per fideic. rel.* „Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed etiam heredis, legatarii" etc.

35) Vgl. Buchholtz a. a. O. S. 421. Note 4. a. E. — Cujacius, auf den sich B. hier beruft, sagt übrigens nur: es sei falsum et commentitium, wenn man behaupte: quod *interveniente Falcidia* legatum rei heredis propriae non debeatur; Exposit. Nov. ad part. posteriorem *de Falcidia*.

36) L. 22. §. 14. C. *h. t.* (s. die folg. Note).

1) Der deliberirende Erbe unterläßt die Anfertigung eines zu Recht beständigen Inventars, und zwar a) er tritt die Erbschaft an, oder (was eben so viel gilt) er schlägt sie nicht aus. Alsdann muß er nicht nur die Gläubiger zu voll befriedigen, sondern auch die Vermächtnisse ohne Abzug der Falcidia zahlen[37]). Von selbst versteht sich daher auch, daß die sonstigen Wirkungen der unbedingten Erbschaftsantretung ebenfalls eintreten, daß also der Erbe weder mit Erbschaftsgläubigern concurriren, noch die Anerkennung der seine Sachen betreffenden Verfügungen des Erblassers verweigern darf. — b) Er schlägt die Erbschaft innerhalb der Deliberationsfrist aus. Alsdann muß er die Verlassenschaft den Gläubigern und den nach ihm zur Erbschaft Berufenen herausgeben, wobei denn die zur Restitutionsforderung Berechtigten den Bestand der Erbschaft eidlich würdern können, mit Vorbehalt jedoch richterlicher Ermäßigung. Die Stelle, worin sich dies ausgedrückt findet, lautet so: „Quodsi post deliberationem recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditarias creditoribus vel his qui ad hereditatem vocantur, legibus reddere compelletur: quantitate earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a judice statuenda" [38]). — Die Eingangsworte (quodsi

37) L. 22. §. 14. cit. „Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et *vel adierit hereditatem, vel minime eam repudiaverit*, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur". Vgl. Nov. 1. c. 2. und unten §. 1471.

38) L. ult. §. 14. in f. C. *cit.*

post deliberationem) werden in der deutschen Uebersetzung des Corp. juris so wiedergegeben: Hätte er nach Ablauf der Deliberationsfrist entsagt[39]). Indessen ist diese Erklärung ganz unmöglich. Vorher wird gesagt: wenn der Erbe nicht innerhalb der Deliberationsfrist entsage, so müsse er die Gläubiger vollständig befriedigen; damit ist schlechthin unvereinbar, daß nach Ablauf der Deliberationsfrist noch die Uebernahme der Erbschaft abgelehnt und nur die Restitution derselben nach dem jusjurandum in litem verlangt werden dürfe. Es muß daher bei den Worten post deliberationem hinzugedacht werden; finitam. — Den folgenden Satz liest und interpungirt Haloander so: res hereditarias creditoribus, vel his qui ad hereditatem *vocantur a legibus*, reddere compelletur[40]). Die gewöhnliche Lesart und Interpunction nun hat man aus dem Grunde vertheidigt, weil ja nach der Haloanderschen testamentarische Miterben und Substituten ausgeschlossen seyn würden[41]). Indessen könnte man sich dagegen wohl auf Ulpians Aeusserung berufen: „Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur"[42]). Auch darf man wohl fragen: nach welchen

39) Bd. V. S. 995.

40) Auch Beck und der deutsche Uebersetzer schließen sich dieser Lesart an, indem der Letztere übersetzt: den Gläubigern oder Denjenigen, welche gesetzlich zu dieser Erbschaft berufen sind.

41) v. Buchholtz a. a. O. S. 427. Note 1.

42) L. 130. D. *de Verb. signif.* — Vgl. Schilling Bemerk. üb. Röm. Rechtsgesch. S. 79.

leges denn die Rückgabe der Erbschaft in der Art, wie Justinian es hier anordnet, bestimmt sei? Genug, es ist wenigstens kein innerer Grund vorhanden, um Haloanders Abweichung so geradezu zu verwerfen. — Daß endlich die Schlußworte auf ein jusjurandum in litem zu beziehen sind, ergiebt sich aus der Bestimmung, welche das diesem Eide eigenthümliche Recht ausdrückt, daß der Richter das beschworne Quantum herabzusetzen, oder den Beklagten wohl gar zu absolviren befugt ist, wenn aus ihm vorliegenden Documenten und Beweisgründen (gleichviel, von Wem sie beigebracht sind) sich ergiebt, daß zu hoch geschworen sei, oder dem Kläger gar nichts gebühre[43]. Vorausgesetzt muß natürlich dabei werden, daß der Erbe sich im Besitz der Erbschaft (oder eines Theils) befindet, auch sich nicht gehörig darüber auszuweisen vermag, daß er die von ihm in Besitz genommene Masse unvermindert (versteht sich, nach Abzug der nothwendigen Verausgabungen) restituire[44].

2) Der deliberirende Erbe fertigt ein Inventarium an. Hier ist weiter zu unterscheiden: a) er tritt die Erbschaft an, oder, was auch in diesem Falle gleiche Wirkungen hat, er schlägt sie nicht innerhalb der Deliberationsfrist aus. Das Inventar gewährt ihm hier den Vortheil, daß er den Vermächtnißnehmern die Falcidia abziehen darf, im Uebrigen steht dieser Fall dem völlig gleich, wenn er ohne zu inventiren deliberirt; er muß die Gläubiger vollständig, mithin, wenn die Erbmasse nicht zureicht, auch aus seinem eignen Vermögen

43) L. 4. §. 3. L. 5. §. 2. D. *de in litem jur.* (XII. 3).

44) Ob zufällige Verluste ihn treffen wird, weiter unten zur Sprache kommen.

befriedigen. Mit Recht wird daher von den neueren Juristen angenommen, daß das Recht eines Benefizialerben neben dem jus deliberandi nicht bestehen könne[45]). Die Stelle, worauf dieser Satz beruht[46]), ist übrigens (wie fast Alles in dieser Constitution) so schlecht und unbestimmt gefaßt, daß es angemessen scheint, sie hieher zu setzen und mit einigen Bemerkungen zu begleiten. Nachdem der Kaiser erklärt hat, daß der Erbe eine Deliberationsfrist von 9 Monaten oder 1 Jahr erhalten könne, fährt er so fort: „Sin autem hoc aliquis fecerit, et inventarium conscripserit (necesse est enim omnimodo inventarium cum omni subtilitate facere)[47]), non liceat ei post tempus praestitutum[48]), si non recusaverit hereditatem, sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur". — Auch das Recht, sich eine Deliberationsfrist zu erbitten, betrachtet der Kaiser als eine von ihm eingeführte Rechtswohlthat, weil eine solche Vorsichtsmaaßregel nach seiner

45) Westphal a. a. O. §. 341. zu Anfang. Schweppe Röm. Privatr. Bd. V. §. 848. S. 177.

46) L. 22. §. 14. cit.

47) Die eingeklammerten Worte wollen nicht sagen, daß der deliberirende Erbe schlechterdings inventiren müsse, sondern nur, daß, wenn er dies thut, er dabei an die gesetzlichen Vorschriften gebunden sei, und er anders sich das Recht, welches auch für ihn das Gesetz daran knüpft, nicht verschaffen könne. S. die *Acc. Gl.* Facere *ad h. l.* „si velit uti beneficio legis Falcidiae". Vgl. v. Buchholtz a. a. O. S. 427. Note 4.

48) Dies ist nur auf die Deliberationsfrist zu beziehen; s. die Acc. Gl. ad h. v.

Meinung durch das Recht des Inventars ganz unnöthig geworden sei. Als Wirkung dieser Rechtswohlthat sieht er, nach diesem Satze, die Befugniß an, sich in die Erbschaftsangelegenheiten einzumischen (so weit dies ein deliberirender Erbe überhaupt thun darf), ohne genöthigt zu seyn, Erbe zu werden. Nur muß er alsdann seinen Entschluß, die Erbschaft nicht haben zu wollen, innerhalb der Deliberationsfrist erklären, sonst haftet er den Gläubigern vollständig für die Schulden. Das Schielende und Unbestimmte dieses Passus ist hauptsächlich dadurch veranlaßt, daß der Kaiser den nicht innerhalb der Deliberationsfrist ausschlagenden Erben als einen solchen darstellt, qui *adire maluerit*, sodann, daß er diese seine s. g. Rechtswohlthat über die Gebühr hoch anschlägt. Denn daß das antiquum jus, in Folge dessen jeder Erbe zur vollständigen Schuldenzahlung verpflichtet wird, eintritt, ist ja doch im Grunde Wirkung der das frühere Recht des Erben nur beschränkenden Bestimmung, nach welcher der Erbe als antretend behandelt wird, wenn er nicht das Gegentheil binnen der Deliberationsfrist erklärt. — Daß der Kaiser dies übrigens sagen will: wer nicht zur rechten Zeit ausschlägt, muß sämmtliche Schulden zahlen, ergiebt sich bestimmt aus den beiden folgenden Sätzen: „Cum enim gemini tramites inventi sint, unus quidem ex anterioribus qui deliberationem dedit, alter autem — novus, a nostro minime repertus, per quem adeuntes sine damno conservantur: electionem ei damus, vel nostram constitutionem eligere et beneficium ejus sentire, vel si eam aspernendam existimaverit, et ad deliberationis auxilium convolaverit, ejus effectum habere; et non secundum modum patrimonii,

sed etiam si exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus elegerit gravamen[49]. Et ideo ad ipsam deliberationis dationem, et divinum rescriptum super hoc promulgatum (ersteres ist wohl auf die Concession der Deliberationsfrist, letzteres auf die Verordnung über das Erbittungsrecht zu beziehen) hoc adjici volumus, ut sciant omnes, quod omnimodo post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, *vel non recusaverint hereditatem*, omnibus in solidum hereditariis oneribus teneantur". Der Kaiser, wohl fühlend, daß der Eingangssatz noch manchen Misdeutungen ausgesetzt sei, wiederholt in seiner unbeholfenen und weitschweifigen Manier denselben Gedanken zweimal, nämlich, daß auch das Inventar den deliberirenden Erben von der Verpflichtung, die sämmtlichen Schulden zu zahlen, nicht befreie. — v. Buchholtz nimmt hier noch einen Unterschied an zwischen dem Falle, wenn der deliberirende Erbe ausdrücklich antritt und wenn seine Antretung wegen nicht erfolgter Ausschlagung binnen der Deliberationsfrist fingirt wird. Im ersteren Falle soll ihm das Recht, den Vermächtnißnehmern Abzüge zu machen, nur zustehen, wenn er zu der Zeit, wo er das In-

49) Auch hier mengt der Kaiser wieder den öfter von ihm hervorgehobenen Gedanken ein, daß, wenn er gleich dem Erben die Wahl lasse zwischen der Deliberation und dem beneficium inventarii, die erstere doch eine unnütze und unvortheilhafte Maaßregel für den Erben sei, — ohne zu erwägen, daß es dies eben erst durch seine Vorschrift geworden ist, weshalb er denn ohne Grund es als vetus gravamen bezeichnet.

ventar unterschrieb, schon Erbe war, im letzteren unbedingt [50]). Indessen zu einer solchen Unterscheidung giebt das Gesetz nicht die geringste Veranlassung; auch ist es unnatürlich, dem Erben, dessen Antretung in contumaciam gewissermassen fingirt wird, mehr Recht zuzugestehen, wie dem, welcher ausdrücklich antritt. Das Gesetz knüpft das Recht des Abzugs daran, daß das Inventar innerhalb der bestimmten Zeit und in der gehörigen Weise errichtet wird; bleibt ihm dann noch etwas von der Deliberationszeit übrig, so kann er ausschlagen, oder ausdrücklich antreten, oder ganz stillschweigen. Beide letztere Fälle stehen nach der deutlichen Bestimmung des Gesetzes auf ganz gleicher Linie; es ist also willkührlich, die gesetzliche Disposition durch eine Distinction, wovon das Gesetz nichts weiß und die sich eben so wenig durch allgemeine Grundsätze rechtfertigen läßt, noch zu schärfen. — b) Wenn der deliberirende Erbe zur rechten Zeit die Erbschaft ausschlägt, so kann nur noch die Frage aufgeworfen werden, ob es genügt, daß der Erbe die Erbschaft nach dem Inventar ausliefert (versteht sich unter Vorbehalt des den Interessenten dagegen zustehenden Rechts, s. den folg. §.), oder ob auch hier der Würderungseid zuläßig ist? Das Gesetz berührt diesen Fall gar nicht; da indessen der Würderungseid hier überhaupt als ein rein singuläres Recht zu betrachten ist, auch dem ausschlagenden Erben sonst das Inventar zu nichts helfen würde, endlich das Gesetz dies Recht der Interessenten bestimmt als eine Folge der unterlassenen Inventarisirung bezeichnet („Quodsi post deliberationem — — — *tunc* — — — manifestanda"): so kann

50) a. a. O. S. 428 – 430.

die Antwort auf diese Frage wohl nicht zweifelhaft seyn [51]).

Uebrigens ist bei der bisherigen Ausführung (unter B.) stillschweigend vorausgesetzt, daß die fingirte Antretung des deliberirenden Erben, welcher sich binnen der Ueberlegungsfrist nicht erklärt, nicht blos in Beziehung auf die Gläubiger, sondern auch in Ansehung deren, welche nach ihm ein Recht auf die Erbschaft haben (der Substituten und Intestaterben) angenommen werde. Indessen ist dies nichts weniger als anerkannt, vielmehr geht wohl die gemeine Meinung dahin, daß der Erbe nur zum Besten der Gläubiger als Erbe behandelt werde, zum Vortheil anderer Erben (der Substituten und Intestaterben) dagegen als Nichterbe [52]). Was dieser Ansicht so großen Beifall verschafft hat ist der Umstand, daß es allerdings viel natürlicher

51) Vgl. Buchholz a. a. O. S. 429.

52) So drückt sich Thibaut Pand. §. 873. aus. Auf ähnliche Art unterscheidet Höpfner im Commentar §. 548: ob Substituten und Intestaterben, oder ob Gläubiger gegen den Erben auf Erklärung gedrungen haben; im ersten Falle solle bei nicht erfolgter Erklärung des Erben das Recht an jene fallen, im zweiten die Antretung rechtlich angenommen werden. Eben so Mackeldey Lehrbuch §. 688. Nr. 1. Seuffert Lehrb. des pract. Pandektenrechts §. 668. Unterholzner ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Bd. II. §. 165. S. 49. drückt das nämliche Resultat auch so aus: es werde angenommen, der Zögernde habe sich so entschieden, wie es der Vortheil Derjenigen erheische, welche die Ansetzung der Frist veranlaßt haben; also zum Besten der Gläubiger und Vermächtnißnehmer gelte die Erbschaft als angetreten. — Von älteren Schriftstellern, welche dieser Ansicht zugethan sind, mögen hier nur genannt seyn Voet ad Pand. *h. t.* §. 3. u. Westenberg eod. tit. §. 8.

ist, wenn Jemandem eine Frist zur Erklärung über Annahme oder Nichtannahme eines Rechts gesetzt ist, eine Ausschließung von demselben als einen Zwang zur Annahme als Folge der Versäumniß eintreten zu lassen, wie denn dies auch in Beziehung auf einen deliberirenden Erben im Pandektenrecht anerkannt ist. Dazu kommt denn noch, daß eine Art von Unrecht gegen die Nachberufenen (Substituten und Intestaterben) darin zu liegen scheint, wenn man sie deshalb von Erbrecht ausschließt, weil der Vorerbe sich nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist erklärt [53]); wogegen auf der anderen Seite die Gläubiger und Vermächtnißnehmer besser daran sind, wenn der Erbe genöthigt wird, Schulden und Vermächtnisse zu zahlen. Diese Erwägung hat denn auch Manche zu der Meinung verleitet, daß dies Resultat sich schon aus den Pandekten ergebe, Justinian also in dieser Beziehung eigentlich gar nichts Neues angeordnet habe [54]). Nun hat es allerdings seine Richtigkeit, daß die **L. 69. D.** *de acquir. hered.*, worauf man sich hierbei zu berufen pflegt, nur von dem Verhältniß des Vorerben zu dem Nacherben spricht, nicht aber von dem Verhältniß des Erben zu den Gläubigern. Unmöglich wird man aber darauf ein **argumentum a contrario** gründen, oder annehmen dürfen: weil der Jurist sagt: wenn der Vorerbe sich innerhalb der Frist nicht erklärt, so tritt der Substitut, und nach diesem auf ähnliche Art der zweite Substitut ein, — so gelte für den Erben den Gläubigern ge-

53) Dieser Grund wird insonderheit geltend gemacht von *Fr.* Duarenus in comment. ad *h. t.* cap. 2. opp. p. 424. B.

54) S. Unterholzner a. a. O. Note 556. Mackeldey Lehrb. §. 688. Note c. und den dazu gehörigen Text.

genüber ein ganz anderes Recht! Ja, es läßt sich auch so bestimmt, wie irgend etwas, beweisen, daß die Wirkung der nicht innerhalb einer vom Prätor gesetzten Frist erfolgten Antretung für den Erben immer die nämliche war, d. h. Ausschliessung desselben von der Erbschaft. Natürlich ist die Art und Weise, wie die Substituten oder Intestaterben an des Vorerben Stelle treten, nicht die nämliche, wie die Art des Eintretens der Gläubiger. Jenen ist beim Wegfallen des zunächst Berufenen das Erbrecht deferirt; diese können nur dadurch ein Recht an der Masse erhalten, daß sie zu ihrer Sicherstellung und Befriedigung eine Einweisung in das Vermögen beim Richter impetriren. Ist nun blos das erbschaftliche Vermögen Gegenstand einer solchen Mission, so versteht sich von selbst, daß (— abgesehen von dem besonderen Verhältnisse eines Benefizialerben, wovon hier nicht die Rede seyn kann) der berufene Erbe nicht als Erbe behandelt wird, also von der Erbschaft ausgeschlossen ist. Ausdrücklich wird aber von Pomponius bemerkt, daß der Prätor auf das Andrängen der Gläubiger dem Erben eine Frist setzte mit dem Präjudiz: wenn innerhalb derselben die Erbschaft nicht angetreten werde, so solle ein Concurs über das erbschaftliche Vermögen eröffnet werden, oder: se (Praetorem) bona defuncti creditoribus possidere jussurum[55]. Es ist also klar, daß Justinian auch in der hier zur Frage stehenden Beziehung wirklich etwas Neues anordnete und kann daher nur gefragt werden, ob sich die Distinction der Neueren aus dem Gesetze selbst rechtfertigen läßt. Die bejahende

55) L. 23. §. 2. D. *de heredib. inst.* — S. die hierüber oben bereits vorgekommene Erörterung S. 294. fg. vgl. mit S. 283. fg. dieses Bandes.

Meinung kann sich nur darauf stützen, daß da, wo von dem rechtlichen Effect der wirklichen oder fingirten Erbschaftsantretung des deliberirenden Erben die Rede ist, nur der Gläubiger und der gegen sie Statt findenden vollständigen Verpflichtung des Erben erwähnt wird, über das Verhältniß sonstiger Erbschaftsinteressenten aber sich nichts bestimmt findet. Indessen müssen wir doch wohl zuvörderst fragen: hat Justinian hier das Prinzip des früheren Rechts geändert oder nicht? Ist jenes zu bejahen (wie nach der obigen Ausführung nicht bezweifelt werden darf), so erfordert die Consequenz, die Aenderung vollständig zu verstehen und sie nicht auf die eine oder andere Richtung zu beschränken[56]). Der Kaiser giebt ja deutlich genug und wiederholt zu verstehen, daß die von ihm verstattete Nachsuchung einer Deliberationsfrist ganz eigenthümliche Wirkungen für das Verhältniß des berufenen Erben erzeuge; er will diesen davon abhalten, und darum hebt er nur die Nachtheile hervor, welche hieraus für den Erben entstehen. Hat er die Erbschaft angetreten, oder wird er nach der rechtlichen Fiction als antretend behandelt, so können sich die daraus für ihn entstehenden nachtheiligen Wirkungen nur in seinem Verhältnisse zu den Gläubigern und Vermächtnißnehmern offenbaren; es war also kein Grund vorhanden, hierbei der Nacherben Erwähnung zu thun. Wo sich hierzu aber eine Veranlassung bot, da ist dies geschehen, nämlich für den Fall, wenn der deliberirende Erbe ausschlägt, ohne ein In-

56) Dieser Meinung ist auch *H.* DONELLUS, welcher in seinen comment. jur. civ. Lib. VII. cap. 3. §. 26., nachdem er das frühere Recht referirt hat, sagt: „Justinianus hoc invertit, et pro eo habet istum heredem, quasi hereditatem adivisset“;

ventarium zu errichten; hier heißt es: er müsse den Gläubigern oder nachberufenen Erben die Erbschaft nach deren jusjurandum in litem herausgeben [57]). Dieser Umstand enthält gewiß ein sehr richtiges Moment zur Unterstützung der Ansicht, daß die Erbenqualität auf den deliberirenden Erben, welcher sich nicht rechtzeitig erklärt, vollständig übergeht [58]). Es kommt aber noch hinzu, daß das Hauptmotiv von Justinians ganzer Verordnung eben ist, den Erben zur Antretung der Erbschaft zu bestimmen. Darauf ist jede Bestimmung seines Gesetzes berechnet und lediglich aus diesem Gesichtspunkte sind die Nachtheile zu betrachten, womit der Erbe bedroht wird, welcher sich nicht zur sofortigen Antretung der Erbschaft sub beneficio inventarii entschließen will. Eine Begünstigung der nachberufenen Erben konnte schon deshalb nicht in seinem Plane liegen, am wenigsten gegen einen testamentarischen Erben,

57) L. 22. §. 14. cit. *verb.* „Quodsi post deliberationem — — — a judice statuenda".

58) Westphal a. a. O. §. 341. S. 190. fg. findet hierin freilich ein Argument für die abweichende Meinung. Aber wie begründet er es! Zuvörderst bezieht er die Stelle, welche doch ausdrücklich von einer Recusation des deliberirenden Erben spricht, auf den im vorhergehenden Satz bestimmten Fall, wenn der Erbe sich überall nicht erklärt. Sodann meint er, die Bestimmung über das jusjurandum in litem sei nur von Substituten und Intestaterben, nicht von den Gläubigern zu verstehen, denn diese müßten ja ohnehin bis auf den letzten Heller bezahlt werden. Dies ist nicht nur gegen den klaren Buchstaben der Disposition, sondern von einer Verpflichtung des deliberirenden Erben, die Gläubiger vollständig zu befriedigen, kann nur die Rede seyn, wenn derselbe Erbe wird, nicht aber wenn er ausschlägt.

der doch nach dem Willen des Testirers dem Substituten und Intestaterben vorgehen soll; als besondere Begünstigung der Nacherben ist es auch nicht anzusehen, daß der deliberirende Erbe zur Herausgabe der Erbschaft nach dem jusjurandum in litem angehalten werden kann, wenn er ausschlägt, ohne ein Inventar errichtet zu haben, denn dies ist ein Nachtheil, der ihn gerade mit um deswillen trifft, weil er nicht Erbe werden will. Kurz, der Zweck des Gesetzes ist erreicht, wenn der berufene Erbe die Erbschaft annimmt, sey es freiwillig oder gezwungen; ob der Erbe dadurch gewinnt, oder verliert, kann hierbei in keinen Betracht kommen. Und wenn man, wie die Meisten thun, Alles davon abhängig macht, ob die Gläubiger und Vermächtnißnehmer, oder ob die nachberufenen Erben auf Entscheidung dringen, — wie soll es denn gehalten werden, wenn nur diese oder jene, auf Entscheidung dringen, oder wenn dies von Keinem geschieht, sondern der Erbe unaufgefordert eine Deliberationsfrist erbittet? Wenn man indessen auch hierauf kein Gewicht legt, sondern den Satz ganz allgemein aufstellt, daß jedenfalls die nicht erfolgte Erklärung des Erben die Wirkung habe, daß die Erbschaft zum Besten der Gläubiger für angetreten, zum Besten der nachberufenen Erben für ausgeschlagen gelte, — so sind damit doch leicht so große Inconvenienzen verknüpft, daß schon um deswillen diese Ansicht verworfen werden müßte. Man denke sich z. B. den Fall, daß eine Convocation der Gläubiger nicht erfolgt ist, die sich meldenden Gläubiger aus der Masse befriedigt werden, und der Ueberschuß den nachberufenen Erben herausgegeben wird. Späterhin melden sich noch Gläubiger. Diese dürfen sich allerdings an den zuerst berufenen Erben halten; wie aber, wenn

dieser zu ihrer Befriedigung außer Stande ist? Natürlich müssen sie alsdann ihre Ansprüche gegen die Besitzer der Erbschaft, als eigentliche Erben, geltend machen dürfen. Auf einen solchen so leicht möglichen Fall müssen sich die Nacherben gefaßt halten; ihnen könnte das Recht zu inventiren, oder sich ein spatium deliberandi zu erbitten, ebenfalls nicht verweigert werden, eben so wenig den nach ihnen Berufenen, und die Sache würde erst ein Ende nehmen, wenn es zum Concurs kömmt. Wie einfach stellt sich nicht Alles nach der hier vertheidigten Theorie. Der zuerst Berufene ist und bleibt Erbe, und nur mit ihm haben die Gläubiger es zu thun. Allerdings giebt es einen Fall, wo Jemand, der Erbe geworden ist, von der Erbschaft wieder ausgeschlossen werden kann, allein mit erbschaftlichen Verbindlichkeiten belastet bleibt; nämlich derjenige Erbe, welcher binnen Jahresfrist nach ihm gewordener richterlicher Admonition die ihm gemachten t e s t a m e n t a r i s c h e n A u f l a g e n nicht erfüllt; die Erbschaft wird hier ihm entzogen und Anderen (den Substituten u. s. w.) angeboten, er selbst muß aber der Erfüllung jener Auflagen halber Sicherheit bestellen[59]). Wer indessen hieraus ein Argument für die gewöhnliche Theorie entlehnen wollte, der würde mehrfach gegen die bekanntesten Auslegungsregeln verstoßen: nicht nur würde darin ein unzuläßiger Schluß von einer Anomalie auf die andere liegen, sondern der Inhalt der singulären Rechtsbestimmung selber, welche man hier zur Anwendung bringen wollte, weit über ihre Gränzen hinaus ausgedehnt werden, indem nach ihr der eigentliche Erbe nur

59) Nov. I. pr. Cap. 1. — S. hierüber Bd. 39. d. Comment. S. 54—68.

gegen die Vermächtnißnehmer, nicht auch gegen die Gläubiger verpflichtet bleibt. Auch darf ja überhaupt eine Regelwidrigkeit ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, woran es hier doch entschieden fehlt, nicht angenommen werden, am wenigsten in einem Falle, wie der vorliegende, wo die angeführten Gründe es gewiß im hohen Grade wahrscheinlich machen, daß Justinian eine Anomalie, wie man sie hier anzunehmen geneigt ist, auch nicht entfernt beabsichtigte [60]).

Nach dem Vorstehenden ist denn auch das von Justinian nicht berührte Verhältniß unter Miterben sehr leicht und einfach zu bestimmen; wenn Alle Erben geworden sind, freiwillig oder gezwungen, so kann natürlich auch von einem Anwachsungsrecht nicht die Rede seyn; hat Einer oder der Andere sich ein **spatium deliberandi** geben lassen und innerhalb desselben seinem Erbrechte entsagt, so wird dessen Recht zunächst seinem Substituten, demnächst aber seinem Miterben **jure accrescendi** deferirt [61]). Das Verhältniß bleibt wesentlich dasselbe, wenn ein Miterbe inventirt, ein anderer deliberirt. Von selbst versteht sich, daß auch das Inventar des Ersteren auf das Ganze gerichtet seyn muß, indem ein Inventarium über eine Erbschaftsquote etwas Ungedenkbares ist; der inventirende Miterbe hat alle Rechte, welche das Gesetz an das Inventar knüpft, dem nicht

60) Vgl. hiermit d. Ausführung bei v. Buchholtz a. a. O. S. 439. S. 443—448., welcher die nämliche Ansicht vertheidigt.

61) Vgl. auch hiebei v. Buchholtz S. 448. fg., welcher indessen durch ganz unnöthige Einmengung des Rechts der **Nov. 1. c. 1.** (s. Note 59) den einfachen Stand des Sachverhältnisses etwas verrückt.

inventirenden kommt dies natürlich nicht zu Statten [62]). Denken wir uns nun 1) der Miterbe A. tritt die Erbschaft cum beneficio inventarii an, B. deliberirt. Wird nun auch dieser Erbe, so wird das Verhältniß der Miterben dadurch gar nicht alterirt; schlägt er die Erbschaft aus, so tritt für den A., wenn B. keinen Substituten hat, das jus accrescendi ein, wobei denn, wenn B. kein Inventar errichtete, die Herausgabe der von ihm in Besitz genommenen Erbquote nach dem jusjurandum in litem des A. erfolgt. 2) Beide deliberiren, Einer aber wird nur Erbe; hier erfolgt die Herausgabe der anderen Erbquote an diesen auf gleiche Weise, wobei es denn keinen Unterschied machen kann, ob dieser ein Inventarium errichtet, oder nicht, indem dies auf das Verhältniß der Miterben keinen anderen Einfluß hat, als daß der ohne Inventar ausschlagende Miterbe das jusjurandum in litem wider sich gelten lassen muß.

Fragen wir nun nach dem Recht des Erben eines deliberirenden Erben, so erfordert die juristische Consequenz, Alles, was für jenen gilt, auch für diesen eintreten zu lassen, Vortheile wie Nachtheile. Also 1) es stirbt der erste Erbe während der Deliberationsfrist; hier kann sich dessen Erbe während der noch übrigen Zeit erklären, ob er die Erbschaft annehmen wolle oder nicht [63]). Benefizialerbe kann auch er nicht mehr werden, da Niemand mehr Rechte als er selber hatte, auf seinen Erben über=

62) v. Buchholtz a. a. O. S. 449. Not. 3.

63) S. oben S. 297. Vgl. auch die Ausführung darüber, daß die Transmissionszeit von einem Jahre nur für den Fall Statt findet, wenn der Erbe kein spatium deliberandi erbeten hat; S. 322 — 327.

tragen darf[64]); nur wenn der Vorerbe sich überall noch nicht erklärt, also auch kein Deliberationsspatium erbeten hätte, und so früh stirbt, daß auch die zum Anfang des Inventars im Gesetz bestimmte Zeit noch nicht abgelaufen ist, würde ihm natürlich auch dies Recht, so gut wie seinem Erblasser selber, zustehen. Jedenfalls kann er sich in einem solchen Falle noch den Vortheil verschaffen, welchen auch dem deliberirenden Erben das Inventar gewährt. Sonst muß er, wenn er antritt, die Gläubiger (und Vermächtnißnehmer) vollständig befriedigen, wenn er ausschlägt, den Würderungseid der Interessenten wider sich gelten lassen. — 2) Der Erbe stirbt nach abgelaufener Deliberationsfrist, ohne sich erklärt zu haben. Auch hier tritt das obige Präjudiz wider ihn, wie gegen seinen Erblasser selbst ein; erwirbt er die Erbschaft des Vorerben, so muß er dessen Verbindlichkeiten übernehmen und erfüllen, wie dieser selbst, auch diejenigen, welche derselbe als Erbe sich aufgeladen hatte[65]. Von selbst versteht sich übrigens, daß der Erbeserbe, welcher in

64) L. 120. D. *de reg. jur.*

65) Ausdrücklich findet sich in unseren Rechtsquellen bestimmt, daß auf den Erben des Erben das gesammte Successionsverhältniß des Letzteren übertragen werde, — daß er beide Verlassenschaften nicht trennen dürfe, daß er eben so gut wie sein Erblasser als Erbe des ersten Erblassers anzusehen sei u. s. w. L. 7. §. 2. D. *de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2). L. 65. D. *de Verb. Sign.* L. 194. D. *de regul. jur.* — Auch v. Buchholz erkennt dies an, z. B. S. 394. Not. 1. S. 425. S. 430. Damit ist es indessen schwerlich zu vereinigen, was eben dieser Schriftsteller annimmt, daß dem Erbeserben die Frist erst von dem Moment an läuft, wo er selbst von der angefallenen Erbschaft Kunde erhält; ebendas. S. 394. S. oben S. 326.

Beziehung auf die ihm deferirte Erbschaft von der gesetzlichen Rechtswohlthat Gebrauch macht, dadurch auch der Verbindlichkeiten ledig werden kann, zu welcher die Uebernahme einer Erbschaft, oder auch das Versäumniß seines Erblassers diesen verpflichtete.

Abgesehen übrigens von den besonderen Nachtheilen, welche unser Gesetz mit der Erbittung einer Deliberationsfrist verknüpft, stehen dem deliberirenden Erben alle Rechte zu, welche das frühere Recht ihm giebt [66]), da hievon das Gesetz nichts sagt, dieselben auch mit den übrigen Bestimmungen desselben sich sehr wohl vertragen.

Es war bisher die Rede von den Fällen, wenn der Erbe cum inventario antritt, und wenn er Statt dessen sich eine Deliberationsfrist geben läßt. Als einen von beiden verschiedenen dritten Fall will v. Buchholz noch den behandelt wissen, wenn er ohne sich ausdrücklich zu erklären, daß er Erbe werden wolle, während der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit ein Inventar errichtet: in der bloßen Errichtung des Inventars liege weder eine hereditatis aditio, noch eine pro herede gestio, und da dieser Fall in Justinians Gesetz unberücksichtigt geblieben sey, so müsse dafür das alte Recht noch gelten, mithin der inventirende Erbe immer noch ausschlagen; auch eine wiederholte Deliberationsfrist erhalten können [67]). Indessen stehen dieser Ansicht sehr gewichtige Gründe entgegen. Es ist bekannt, daß die Erbschaftsantretung nicht blos durch ausdrückliche Erklärung geschehen, sondern auch durch concludente Handlungen an den Tag gelegt werden

66) S. hierüber oben S. 290—292.

67) a. a. O. S. 407. 409—411. S. 423. Mackeldey Lehrb. §. 689. verlangt, daß der Erbe bei der Antretung ausdrücklich erkläre, cum beneficio inventarii auftreten zu wollen.

kann, und daß Letzteres angenommen wird, wenn man s. g. Einmischungshandlungen vornimmt, d. h. solche, die eigentlich nur dem Herrn des Vermögens zustehen können, falls man nicht gegen die Absicht, Erbe werden zu wollen, ausdrücklich protestirt, oder sonst bewiesen werden kann, daß die Einmischung aus einem anderen Grunde, z. B. pietatis causa geschehen sey[68]). Wer nun über eine Erbmasse ein vollständiges Inventar aufnehmen will, der muß nothwendig Einmischungshandlungen der Art vornehmen, woraus in dubio eine pro herede gestio zu folgern ist; mit Recht wird daher auch von den Meisten behauptet, daß eine solche in der Inventarisirung liege[69]). Nun kann allerdings der inventarisirende Erbe gegen eine ihm unterzulegende Antretungsabsicht protestiren und sich dadurch das Recht der Ausschlagung erhalten[70]). Allein weiter zu gehen, und für einen Fall dieser Art das alte Recht unverändert bestehen lassen wollen, das verbietet die sehr bestimmte Erklärung des Kaisers: es ständen dem Erben zwei Wege (gemini tramites) offen, zwischen welchen er wählen könne: das Inventar und die Deliberation (L. 22. §. 14. cit.), und nur einmal solle man um Delibe-

68) L. 20. §. 1. D. *de acquir. vel omitt. her.* L. 1. C. *de repud. vel abstin. her.* (VI. 31.)

69) Buchholtz selbst giebt dies auch zu, a. a. O. S. 407. Note 2 — 4. — Vgl. ebendas. S. 411. Note 4. u. v. Vangerow Arch. für Praxis Bd. XXII. S. 74. Note 33, welcher sich ebenfalls gegen Buchholtz erklärt.

70) Vangerow a. a. O. scheint freilich auch dies nicht zuzugeben; allein da der Kaiser sich hierüber gar nicht erklärt, so sind wir nicht berechtigt, dem Erben ein so naturgemäßes, auch mit der gesetzlichen Disposition sehr wohl zu vereinigendes Recht abzusprechen.

ration bitten (L. 22. §. 13. in f.). Es darf also dem Erben nicht zugestanden werden, nach seiner Willkühr noch einen dritten einzuschlagen, um sich das alte Recht zu erhalten. Daß der Kaiser dies nicht länger dulden wolle, darf um so weniger bezweifelt werden, da er die von ihm noch nachgelassene Deliberation als Ueberbleibsel des früheren Rechts bezeichnet („unus quidem *ex anterioribus*, qui deliberationem dedit“), und ausserdem ausdrücklich bestimmt: der Erbe habe, wenn er nicht sofort und pure antreten oder ausschlagen wolle, nur die Wahl zwischen der Antretung cum inventario oder der Erbittung einer Deliberationsfrist (§. 14. cit.). Das unter anderen Umständen allerdings gewichtvolle Argument, worauf Buchholtz sich beruft: die Constitution erschien vor der Vollendung der Pandekten, und dennoch sind in diese Stellen aufgenommen, welche von einer mehrmals zu ertheilenden Frist sprechen[71]), und auch die Basiliken geben den Inhalt dieser Stellen wieder[72]), kann gegen so klar redende Aeusserungen des neuen Gesetzes nicht in Betracht kommen, wie ja denn auch aus ähnlichen Gründen manche andere Pandektenstellen nur als historisch referirende anzusehen sind[73]). Wenn daher der Erbe, Statt

71) L. 1. in f. L. 2—4. D. *h. t.*

72) ed. Fabroti T. IV. p. 811.

73) Es gäbe wohl noch einen anderen Ausweg, um die Aufnahme dieser Stelle zu erklären, nämlich, daß man sagt: die Frist solle im Ganzen den Zeitraum von 9 Monaten oder 1 Jahr nicht übersteigen, es könne aber Anfangs eine kürzere gegeben werden und diese aus erheblichen Gründen verlängert werden. Diesen Ausweg schlagen auch mehrere Juristen ein; z. B. Donellus comment. j. c. Lib. VII.

kann, und daß Letzteres angenommen wird, wenn man s. g. Einmischungshandlungen vornimmt, d. h. solche, die eigentlich nur dem Herrn des Vermögens zustehen können, falls man nicht gegen die Absicht, Erbe werden zu wollen, ausdrücklich protestirt, oder sonst bewiesen werden kann, daß die Einmischung aus einem anderen Grunde, z. B. **pietatis causa** geschehen sey [68]). Wer nun über eine Erbmasse ein vollständiges Inventar aufnehmen will, der muß nothwendig Einmischungshandlungen der Art vornehmen, woraus **in dubio** eine **pro herede gestio** zu folgern ist; mit Recht wird daher auch von den Meisten behauptet, daß eine solche in der Inventarisirung liege [69]). Nun kann allerdings der inventarisirende Erbe gegen eine ihm unterzulegende Antretungsabsicht protestiren und sich dadurch das Recht der Ausschlagung erhalten [70]). Allein weiter zu gehen, und für einen Fall dieser Art das alte Recht unverändert bestehen lassen wollen, das verbietet die sehr bestimmte Erklärung des Kaisers: es ständen dem Erben zwei Wege (**gemini tramites**) offen, zwischen welchen er wählen könne: das Inventar und die Deliberation (**L. 22. §. 14. cit.**), und nur einmal solle man um Delibe-

68) L. 20. §. 1. D. *de acquir. vel omitt. her.* L. 1. C. *de repud. vel abstin. her.* (VI. 31.)

69) Buchholtz selbst giebt dies auch zu, a. a. O. S. 407. Note 2 — 4. — Vgl. ebendas. S. 411. Note 4. u. v. Vangerow Arch. für Praxis Bd. XXII. S. 74. Note 33, welcher sich ebenfalls gegen Buchholtz erklärt.

70) Vangerow a. a. O. scheint freilich auch dies nicht zuzugeben; allein da der Kaiser sich hierüber gar nicht erklärt, so sind wir nicht berechtigt, dem Erben ein so naturgemäßes, auch mit der gesetzlichen Disposition sehr wohl zu vereinigendes Recht abzusprechen.

ration bitten (L. 22. §. 13. in f.). Es darf also dem Erben nicht zugestanden werden, nach seiner Willkühr noch einen dritten einzuschlagen, um sich das alte Recht zu erhalten. Daß der Kaiser dies nicht länger dulden wolle, darf um so weniger bezweifelt werden, da er die von ihm noch nachgelassene Deliberation als Ueberbleibsel des früheren Rechts bezeichnet („unus quidem *ex anterioribus*, qui deliberationem dedit"), und ausserdem ausdrücklich bestimmt: der Erbe habe, wenn er nicht sofort und pure antreten oder ausschlagen wolle, nur die Wahl zwischen der Antretung cum inventario oder der Erbittung einer Deliberationsfrist (§. 14. cit.). Das unter anderen Umständen allerdings gewichtvolle Argument, worauf Buchholtz sich beruft: die Constitution erschien vor der Vollendung der Pandekten, und dennoch sind in diese Stellen aufgenommen, welche von einer mehrmals zu ertheilenden Frist sprechen [71]), und auch die Basiliken geben den Inhalt dieser Stellen wieder [72]), kann gegen so klar redende Aeusserungen des neuen Gesetzes nicht in Betracht kommen, wie ja denn auch aus ähnlichen Gründen manche andere Pandektenstellen nur als historisch referirende anzusehen sind [73]). Wenn daher der Erbe, Statt

71) L. 1. in f. L. 2—4. D. *h. t.*

72) ed. Fabroti T. IV. p. 811.

73) Es gäbe wohl noch einen anderen Ausweg, um die Aufnahme dieser Stelle zu erklären, nämlich, daß man sagt: die Frist solle im Ganzen den Zeitraum von 9 Monaten oder 1 Jahr nicht übersteigen, es könne aber Anfangs eine kürzere gegeben werden und diese aus erheblichen Gründen verlängert werden. Diesen Ausweg schlagen auch mehrere Juristen ein; z. B. Donellus comment. j. c. Lib. VII.

um eine Deliberationsfrist zu bitten, inventarisirt, aber mit der ausdrücklichen Erklärung, daß er damit nicht angetreten haben wolle, so steht die Sache genau so, wie wenn er sich gar nicht eingemischt hätte, d. h. er kann zwar beliebig ausschlagen oder antreten, muß aber, falls er gedrängt wird, sich sofort erklären oder eine Deliberationsfrist von 9 Monaten oder 1 Jahr erbitten.

Zum Beschluß soll noch die Frage kürzlich erörtert werden: Wen der Schaden treffe, wenn ohne die Schuld des inventirenden oder deliberirenden Erben Erbschaftsobjecte deteriorirt oder vernichtet werden, und umgekehrt, wem der zufällige Vortheil zu Statten komme? In beiden Fällen muß nothwendig vorausgesetzt werden, daß Gläubiger und Vermächtnißnehmer dabei interessirt sind; dies sind sie natürlich nicht, wenn im ersten Falle der übrig bleibende Massebestand zu ihrer völligen Befriedigung hinreicht, im letzteren sie aus dem ursprünglichen Bestande ihre Befriedigung erhalten haben oder konnten. — Häufig wurde die Frage so entschieden: Es komme darauf an, ob die zufällige Verminderung sich vor der Erbschaftserwerbung ereigne, oder nachher. Im ersten Falle treffe der Schaden den Erben als nunmehrigen Herrn des Vermögens, eines früher eingetretenen Schadens halber könne derselbe aber nur wegen culpa oder mora verantwortlich gemacht werden. Dies gelte auch von dem, welcher cum inventario antrete, indem er ja auch alsdann Herr des Vermögens sei, mithin als solcher die dasselbe betreffenden zufälligen Verluste tragen müsse. Unterstützt wird dies dadurch, daß ja auch alle commoda und accessiones ihm anfallen, woraus sich denn ergiebt, daß

c. 35. §. 4. u. Mayer Erbrecht S. 348. fgg. Nr. 23.
d) Dagegen s. indessen oben S. 322. fg. u. das. Note 5.

nach der Ansicht dieser Rechtslehrer die zufälligen Vermehrungen nach dieser Zeit den Gläubigern und Vermächtnißnehmern nicht zu Gute kommen[74]). Hiernach würden die deliberirenden Erben besser gestellt seyn, wie die Benefizialerben, indem jene erst von dem Augenblick an, wo sie die Erbschaft antreten oder für sie die Antretung fingirt wird, die zufälligen Verluste zu tragen hätten. — Diese Ansicht abstrahirt ganz von dem Zweck des Justinianischen Gesetzes und stützt sich auf einen juristischen Grundsatz. Indessen eine consequente Anwendung juristischer Prinzipien müßte nothwendig zu dem Resultat führen, daß für die obige Frage nicht die Zeit des Erbschaftserwerbes, sondern die Todeszeit des Erblassers entscheidend sei. Denn, zu welcher Zeit auch der Erbschaftserwerb erfolge, so soll doch die Wirkung stets auf jenen Zeitpunkt zurückgeführt werden[75]), was denn namentlich auch für später entstandenen zufälligen Verlust und Gewinn in Beziehung auf den Abzug der Falcidischen Quart ausdrücklich anerkannt ist[76]). Allein Justinians Bestimmungen über die Rechte des Benefizialerben enthalten so wesentliche Abweichungen von den regelmäßigen Wirkungen eines Erbschaftserwerbes, daß keine der bis jetzt vorgetragenen Ansichten sich damit vereinigen läßt. Offenbar will der Kaiser, daß das Vermögen des Erblassers

74) Mevii decis. P. II. dec. 357. Perez in Cod. h. t. §. 11. Nr. 7. Wernher lectiss. comment. T. II. p. 685. sq.

75) L. 54. D. *de acq. her.* („Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur"). L. 138. pr. L. 193. D. *de reg. jur.*

76) L. 30. pr. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2.).

und das des Erben insoweit, als die Rücksicht auf Abwendung von Schaden und Nachtheilen für diesen es erfordert, wie getrennte Massen behandelt werden sollen. Hiernach ist es denn consequent, den Benefizialerben hinsichtlich seines Verhältnisses zu den Erbschaftsgläubigern als einen Geschäftsführer (Administrator, negotiorum gestor) fremder Angelegenheiten zu behandeln, mithin denselben nur wegen culpa oder mora[77]) verantwortlich zu machen; wogegen aber auch zufällige Vermehrungen den Gläubigern zu Gute kommen müssen, indem durch jene Separation ja eben nur Abwendung eines Schadens von dem Erben bezweckt wird. Dafür erklären sich denn auch im Ganzen die meisten Schriftsteller[78]). Indessen bedarf Einzelnes hierbei noch einer genaueren Bestimmung. Zuvörderst ist nämlich der Satz, daß zufällige Verminderungen und Verluste nicht von dem Erben getragen werden, auf den Benefizialerben zu beschränken; denn nur in Ansehung dieses Erben ist die Separation de-

77) In mora ist er nicht blos, wenn er das Inventar nicht binnen der gesetzlichen Zeit anfertigt (denn alsdann kann er auf das Recht eines Benefizialerben überall keinen Anspruch machen), sondern auch, wenn er nach vollendeter Inventarisirung (denn während derselben darf er nicht beunruhigt werden) die sich meldenden Gläubiger nicht befriedigt, soweit die Masse reicht; Brunnemann ad Cod. *h. t.* nr. 56.

78) Vgl. folgende Schriftsteller (welche übrigens zum Theil sich auf die Frage beschränken: Wer hier den Schaden zu tragen habe?): *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XVIII. cap. 43. §. 13—19. Hertius de effectib. non confecti invent. Sect. II. §. 10. Schweppe Röm. Privatr. Bd. V. §. 648. Nr. e. f. S. 181. fg. v. Buchholtz a. a. O. S. 417. fg. Nr. 4.

Vermögensmassen bestimmt. Für den deliberirenden Erben, welcher wirklich Erbe wird, ist dagegen ausdrücklich bestimmt, daß er die Gläubiger vollständig befriedigen müsse. Wäre dies aber auch nicht geschehen, so würde doch für einen solchen das gewöhnliche Recht eintreten müssen, mithin der zufällige Schaden ihm zur Last zu legen seyn, und zwar vom Tode des Erblassers an, ohne zu unterscheiden, ob die Antretung freiwillig erfolge oder nicht. Es genügt, daß er nicht das Recht eines Benefizialerben hat, deshalb kann er kein besseres Recht in Anspruch nehmen, wie ein gewöhnlicher Erbe, muß also auch den Grundsatz gelten lassen, daß, zu welcher Zeit er auch Erbe geworden seyn möge, die Wirkungen des Erwerbs auf die Todeszeit des Erblassers zurückzuziehen seien (Note 75). — Würde er aber die Erbschaft innerhalb der Deliberationsfrist ausschlagen, so kann auch ihn der zufällige Verlust eben so wenig treffen, wie jeden anderen Erben, welcher ausschlägt; denn das Gesetz bestimmt für den deliberirenden Erben, welcher ausschlägt, keinen anderen Nachtheil, als daß er, falls er nicht inventirt, die Erbschaft nach dem jusjurandum in litem der Interessenten herausgeben muß. — Hinsichtlich der Legatarien kann aber auch für den Benefizialerben kein anderes Recht, als das gewöhnliche, Statt finden [79]). Denn nur gegen Schaden will das Gesetz ihn bewahren, der Abzug der Falcidischen Quart gewährt aber dem Erben, ein lucrum, und wird in unseren Rechtsquellen stets aus diesem Gesichtspunct behandelt [80]). Das Näm=

79) Merenda l. l. §. 19. in f. das Gegentheil behauptet Buchholz a. a. O. S. indessen den dagegen im Texte angeführten Grund.

80) L. 9. §. 5. D. *de jur. et facti ignor.* (XXII. 6).

liche gilt denn auch für den deliberirenden Erben, welcher überhaupt nur zum Abzug der Falcidischen Quart berechtigt ist, wenn er ein Inventar errichtet. Wie aber, wenn die Erbschaft durch einen zufälligen Gewinn vergrößert wird? Als Regel hiefür (die besonderen Ausnahmen können uns nicht interessiren) ist anerkannt, daß auch darüber die Todeszeit des Erblassers entscheide, so daß mithin der Abzug der Falcidia erfolgen kann, wenn gleich mit Einrechnung des späteren Gewinns der Erbe die Quarta auch ohne Abzug frei haben würde (Note 76). Für den deliberirenden Erben, welcher ein Inventar errichtet hat, ein anderes Recht eintreten zu lassen, ist gar kein Grund vorhanden, da auch hierüber in unserem Gesetze nichts bestimmt ist. Dagegen scheint es auf den ersten Anblick, daß der Benefizialerbe dies Recht nicht in Anspruch nehmen dürfe[81]); denn nur gegen Nachtheile schützt ihn das Gesetz, einen solchen erleidet er aber nicht, wenn er auch den Gewinn an die Legatarien herausgeben muß. Indessen ist ja die Massenseparation im Gesetze immer nur zum Besten des Benefizialerben angeordnet, das Recht aber, welches andere Erben ansprechen dürfen, ihm dadurch nicht entzogen. Wird er also Erbe, so kann er zwar, den Legatarien gegenüber, kein besseres Recht verlangen, wie andere Erben; allein immer ist er doch Erbe zu vollem Recht, Befugnisse also, die das Gesetz jedem Erben zugesteht, dürfen auch ihm nicht abgesprochen werden.

81) Dies nimmt auch Buchholtz an, a. a. O. S. 418.

§. 1470.

3) Beweis gegen die Richtigkeit des Inventars.

Für Wahrheit und Richtigkeit der in einem gehörig errichteten Inventar enthaltenen Angaben streitet eine rechtliche Präsumtion, oder, mit anderen Worten, das Inventar begründet den Beweis der Wahrheit aller der darin enthaltenen Ansätze; allein Alle, die dabei ein rechtliches Interesse haben (insonderheit Gläubiger und Vermächtnißnehmer), sind befugt, die Unrichtigkeit durch rechtlich zulässige Beweismittel darzuthun; ergiebt sich alsdann, daß der Erbe Sachen verhehlt, unterschlagen oder auf die Seite gebracht hat, so muß er den doppelten Werth der Masse vergüten [82]). Unter den zulässigen Beweismitteln erwähnt das Gesetz auch der Eidesdelation mit folgender Bestimmung: „Licentia danda creditoribus, seu legatariis vel fideicommissariis, si majorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis — — approbare, *vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint*." — Jedoch herrscht über die Bedingungen dieser Zulässigkeit keineswegs volles Einverständniß unter den Juristen. — Bekanntlich ist directer Gegenbeweis

82) L. 22. §. 10. *h. t.* — — „si ex hereditate aliquid heredes surripuerint, vel celaverint, vel amovendum curaverint, postquam fuerint convicti, in duplum hoc *restituere*, vel *haereditatis quantitati computare* compellantur". Also nicht dem Gläubiger, welchem dadurch geschadet ist, soll das Doppelte vergütet werden, sondern der Masse selbst. Westphal von Vorlegung u. Eröffnung der Testamente §. 337. a. E.

durch Eidesdelation unstatthaft, da Niemandem zugemuthet werden darf, etwas erst noch zu beschwören, was schon völlig für ihn fest steht[82]). Indessen leidet dies keine Anwendung auf den Fall, wenn der Gegenbeweis auf künstliche Art geführt wird und die Eidesdelation auf andere Prämissen gerichtet ist, wie der Vorbeweis[84]); sodann kann eine Behauptung, welche an sich geradezu wider die Wahrheit und Richtigkeit des Vorbringens eines Gegners gerichtet ist, unter Umständen als wahre Exception oder Replik erscheinen, mithin der darauf gerichtete Beweis den Character eines uneigentlichen oder indirecten Gegenbeweises erhalten. Man denke z. B. nur an den Fall, wenn nach dem, was äusserlich vorliegt, der Beweis eines gehörig erfüllten Contracts als erbracht zu betrachten ist, der Gegner aber besondere Thatsachen anführet, wonach, wenn sie wahr sind, jener Beweis für ungenügend erklärt werden muß. Dem endlichen Resultat nach ist dadurch nur die Unrichtigkeit des Vorbeweises dargethan, da aber der Gegenbeweis hier nicht direct gegen das, was äusserlich als erwiesen vorliegt, gerichtet ist, so hat er ganz die Natur eines indirecten Gegenbeweises, kann also auch durch Eidesdelation versucht werden[85]). — Machen wir davon die Anwendung auf unseren Fall. Das gehörig errichtete Inventar be-

83) cap. 2. X. *de probationib.* (II. 19). Danz ordentl. Prozeß §. 253. Gönner Handb. des Prozesses. Bd. II. Abs. XLI. §. 7. Bayer Vorträge über den gem. Civilproceß. S. 334. Nr. 3. (d. 2. A.)

84) Martin Civilproceß §. 186. Note i. (d. neuen Aufl.) Linde Civilproc. §. 236. a. E. (d. 5. A.)

85) Vgl. überh. meinen Entwurf des Civilprocesses §. 284. d. 2. A.

gründet an sich einen vollständigen Beweis der Wahrheit seines Inhalts. Unter der Voraussetzung nun (deren Richtigkeit wir hier einstweilen noch dahin gestellt seyn lassen), daß die Regel: es kann der directe Gegenbeweis nicht durch Eidesdelation geführt werden, — hier überhaupt anwendbar ist, würde dem Erben darüber, daß er Alles getreulich angegeben, nichts verhehlt oder unterschlagen habe, der Eid nicht deferirt werden können. Werden dagegen einzelne Mängel und Unrichtigkeiten namhaft gemacht, so muß der Beweis dieser Behauptungen so gut durch Eidesdelation wie durch andere Beweismittel geführt werden können. Aus diesem Gesichtspunct erklärt denn Mevius die Bestimmung Justinians über Zulässigkeit der Eideslation [86]), wenn er aber ausserdem noch verlangt, daß die Gegenbehauptungen einigermaaßen wahrscheinlich gemacht seyn müßten, so ist diese Bedingung durch nichts gerechtfertigt. Abgesehen nun hiervon läßt sich gegen die Ansicht nichts erinnern, daß Eidesdelation nicht unbedingt als Beweismittel wider die Richtigkeit des Erbschaftsinventars zur Hand genommen werden kann. Allein eine andere Frage ist: ob denn überhaupt das Recht der Interessenten, einen Eid von dem Erben zu verlangen, an die Bedingungen eines gewöhnlichen Gegenbeweises gebunden sei? Und dies darf unbedenklich geläugnet werden. Es giebt einen Eid, den jeder, welcher eine Gesammtmasse oder eine Quote derselben, oder auch einzelne nicht genau zu bestimmende Sachen besaß, oder sonst factisch zu derselben in einem solchen Verhältnisse stand, daß er leicht davon etwas entfernen oder sich aneignen konnte, auf Verlangen der Interessenten, auch

86) Decis. P. IV. dec. 92. — Ihm folgt auch Hellfeld in diesem §.

ohne daß eigentliche Verdachtsgründe vorliegen, schwören muß; dies ist der von uns sogenannte Manifestationseid[87]. Die gehörige Anfertigung eines Inventars kann davon auch nicht befreien, indem ja die zur Zeit der Inventirung vorhandenen Sachen richtig angegeben seyn können und dennoch die Möglichkeit übrig bleibt, daß Einzelnes schon früher bei Seite gebracht oder veräussert ist. Dies kann von jedem geschehen seyn, welcher vor der Versieglung im Sterbehause gegenwärtig war, (weshalb denn auch von Domestiken die Ableistung des Manifestationseides gefordert werden kann), um so eher also von dem, welcher aus der Masse andere befriedigen soll und das Uebrigbleibende behalten darf. Man denke nur an die so häufigen Fälle, daß der Erbe bei dem Erblasser wohnte, oder doch bald nach dessen Tode und vor der Versiegelung sich im Sterbehause einfand und das Hauswesen leitete; es würde im höchsten Grade unbillig seyn, wollte man hier die Zulässigkeit der Eidesdelation an denselben von den Bedingungen eines Gegenbeweises abhängig machen, oder auch nur die Beibringung bestimmter Verdachtsgründe erfordern. Diese auch nur anzugeben, ist oftmals ganz unmöglich, es wäre also die Sicherheit der Interessenten zu sehr dadurch gefährdet, wollte man die Delation des Manifestationseides überhaupt an andere Bedingungen knüpfen, als daß der Delat in der Lage

87) S. *Sam.* Stryk de cautelis juramentorum. P. III. Sect. III. cap. 1. — Vgl. Glück Bd. XI. d. Comment. §. 729. S. 35. Nr. 1. — „der Manifestationseid, welcher ohne weitere Bescheinigung der Verdachtsgründe von allen denjenigen gefordert werden kann, die kurz vor oder nach dem Tode des Erblassers in dem Hause desselben sich aufhielten und leicht etwas an sich nehmen konnten".

war, die Erbmasse zu seinem Vortheile zu benutzen und zu verkleinern, ohne daß ihm dies mit Sicherheit nachgewiesen werden kann. Nur in dem Falle würde die Ableistung des Manifestationseides abgelehnt werden können, wenn mit einer zum juristischen Beweise genügenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden darf, daß eine solche Entfremdung nicht möglich gewesen sei; z. B. wenn der Erbe abwesend war, und vor der Versieglung weder unmittelbar, noch vermittelst beauftragter oder von ihm abhängiger Personen mit der Masse in Berührung gekommen ist[88]). Nur Eins kann hierbei gefordert werden, nämlich, daß es an anderen genügenden Beweismitteln fehle, was durch das (auch hier zulässige) jusjurandum calumniae auf Verlangen von dem Deferenten versichert werden muß. Zwar ist der Eid, nach Röm. Recht wenigstens, kein blos subsidiäres Beweismittel[89]); allein nicht nur erheischt die Billigkeit, daß dem Erben in einem Falle, wo ihm ein gehörig errichtetes Inventar zur Seite steht, nicht ohne Weiteres

88) Leyser medit. ad Pand. Sp. 364. m. 6. 7. Besonders aber: Malblanc doctr. de jurejur. §. 48. p. 122. 123. (ed. 2). Vgl. auch Weber Erläuter. zu diesem §. — Im Wesentlichen übereinstimmend ist auch Wernher sel. observat. P. VII. obs. 146.

89) Es ist dies zwar nicht allgemein anerkannt, hat indessen den Buchstaben der Quellen für sich; L. 25. §. 3. D. *de probationib.* (XXII. 3). Vgl. L. 34. §. 6. D. *de jurejur.* (XII. 2). L. 9. C. *de reb. credit.* (IV. 1). S. Malblanc doctr. de jurejur. §. 52. Glück Bd. XII. d. Comment. §. 800. S. 285. Linde Abhandl. aus dem Civilprocesse Bd. I. S. 77. (In dem Lehrb. des Civilproc. §. 303. zu Not. 4. scheint er freilich das Gegentheil anzunehmen, jedoch ohne Gründe anzuführen).

ein Eidschwur zugemuthet werde, sondern in dem Gesetz heißt es ja ausdrücklich: „si aliae probationes defecerint“. Uns darüber hinauszusetzen ist um so weniger ein Grund vorhanden, als die im Röm. Recht selbst anerkannte Regel das Gegentheil mit sich brachte (s. Note 89), folglich anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber durch besondere Gründe zu dieser Anordnung bestimmt wurde, wie ja auch für andere Fälle Abweichungen von der Regel, daß Eidesdelation kein subsidiäres Beweismittel sei, anerkannt sind[90]).

Uebrigens ist es ausser Zweifel, daß Miterben unter denselben Voraussetzungen auch das nämliche Recht zur Delation des Manifestationseides, wie anderen bei der Erbschaft rechtlich interessirten Personen, zusteht[91]). Auch kann das Verhältniß des deliberirenden Erben, welcher ein Inventar errichtet, in der hier zur Frage stehenden Beziehung kein anderes seyn, wie das des Benefizialerben. Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, daß es für die Gläubiger an einem rechtlichen Interesse fehle, um den Manifestationseid verlangen zu können, indem der deliberirende Erbe sie jedenfalls vollständig befriedigen muß. Allein sie sind ja nicht unbedingt an diesen gewiesen; bis sie befriedigt sind, behalten sie natürlich ihre Ansprüche an die Erbmasse, müssen sich daher auch der den Gläubigern im Allgemeinen zur Feststellung der Activmasse wider den Erben zustehenden Rechtsmittel bedienen können.

Mit den Erinnerungen wider die Richtigkeit des Inventars dürfen aber die nicht verwechselt werden, welche

90) L. 35. pr. D. *de jurejur.* Glück a. a. O. S. 284.

91) Leyser med. ad Pand. Sp. 364. nr. 8. Malblanc l. l. §. 48. Nr. 1.

sonst gegen die Verwaltung des Erben gemacht werden, namentlich deteriorirter und abhanden gekommener Sachen halber. Wer hier zunächst zu beweisen habe? ist nach den allgemeinen Regeln über Beweislast zu bestimmen[92]; der Manifestationseid aber auf keinen Fall anwendbar[93]). Um daher Begriffsverwirrung und die Einmengung unpassender Grundsätze zu verhüten, ist darauf zu sehen, daß die Monita gegen das Inventar nicht mit Erinnerungen der letzteren Art unmittelbar in Verbindung gesetzt werden[94]).

§. 1471.

4) Folgen des nicht errichteten Inventars[95]). — Fälle in welchen die Unterlassung unschädlich ist.

Wer ausdrücklich antritt, oder sich einmischt, ohne innerhalb der gesetzlichen Fristen das Inventar anzufangen und zu vollenden, soll die Gläubiger vollständig befriedigen, auch keins der besonderen Rechte in Anspruch nehmen dürfen, welche das Gesetz an das Inventar knüpft[96]). Späterhin ist noch geordnet, daß ein solcher Erbe nicht nur die Falcidische Quart nicht abziehen dürfe,

92) Vgl. meinen Entwurf des Civilproc. §. 278.

93) Wohl aber das jusjurandum in litem der Interessenten, wenn die Bedingungen desselben (dolus, lata culpa, oder contumacia des Erben) vorhanden sind.

94) Vgl. Westphal Rechtsgutachten u. Erk. des bürgerl. Rechts. Bd. II. S. 290. fgg. Nr. 305.

95) Hieher gehört eine eigne, freilich sehr mittelmäßige, Dissertation von *Jo. Nic.* Hertius de effectibus non confecti inventarii; in opuscul. Vol. II. T. III. p. 161. sqq.

96) L. 22. §. 12. C. *h. t.*

sondern sogar die Vermächtnisse vollständig auszahlen müsse; auch wenn das erbschaftliche Vermögen zu deren Befriedigung nicht ausreicht[97]). Ungeachtet der ganz klaren Bestimmung hierüber hat man doch geglaubt, daß Justinian dadurch nur das in seiner const. ult. *h. t.* ausgedrückte Resultat habe wiederholen wollen, wonach dem Erben nur der Abzug der Falcidischen Quart entzogen wird; unter pura substantia sei hier nämlich die nach Abzug der Quart noch übrig bleibende Masse zu verstehen, mithin werde eigentlich nur gesagt: der Erbe müsse die Legate zu voll bezahlen, wenn er auch aus der ihm gebührenden Quart etwas zusetze[98]). Allein wie gezwungen! Der Kaiser spricht ausdrücklich von dem reinen Bestande des dem Erblasser zugehörigen Vermögens; das heißt: was nach Abzug der Schulden und was diesen gleichgestellt ist (z. B. die Kosten des Leichenbegängnisses und der Werth manumittirter Sclaven) übrig bleibt[99]). Auch haben sich von jeher die meisten Schriftsteller gegen die einschränkende Interpretation erklärt[100]),

97) Nov. 1. cap. 2. §. 2. — — „complebit legatarios et fideicommissarios, *licet pura substantia morientis transcendat legatorum datio*“.

98) *Ulr.* Huber Prael. ad Pand. *h. t.* §. 8. in f. Hertius diss. cit. Sect. I. §. 2.

99) Theophili Paraphr. Lib. II. Tit. 22. §. 3. — „eximi oportet quae a defuncto debentur, impensam in funus et servorum manumissorum pretia, et tum reliquum spectare, quantum sit: *hoc enim purum esse censetur patrimonium*“.

100) Eine gründliche Ausführung dieser Ansicht hat Pufendorf obs. jur. univ. T. II. obs. 100. Vgl. auch Fritz im Arch. für civ. Pr. Bd. XII. Abh. 12. („über die Cassion

ja sogar, was man eher bezweifeln könnte, die Anwendung in der Praxis wird von bewährten Juristen bezeugt [1]). Auf den Universalfideicommissar dagegen darf man diese Bestimmung nicht anwenden, da dieser ja immer doch nur das vom Testirer herrührende Vermögen (nicht, wie ein Singularvermächtnißnehmer, bestimmte Sachen oder Summen) zu fordern hat. Ja es ist selbst darüber ein Zweifel möglich, ob der Abzug der s. g. Trebellianischen Quart dem nicht inventarisirenden Erben untersagt sei? Denn in der L. 22. C. *h. t.* sind bei Erwähnung des Abzugsrechts, welches der Erbe sich durch das Inventar erhalten könne, nur die Legatarien genannt [2]), woraus man denn per argumentum a contrario folgern könnte, daß einem Fideicommissarerben gegenüber es des Inventars zur Erhaltung des Abzugsrechts nicht bedürfe. Daß die Novelle 1. cap. 2. §. 2. Legatarien und Fideicommissarien nennt, würde dagegen

der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern des Erben") §. 2.

1) Pufendorf l. l. in f. — Was die Collisionsfrage anbetrifft (s. die vor. Note) so kommt hier nur der Fall in Betracht, wenn kein Inventar errichtet ist und deshalb der Erbe auch aus seinem Vermögen die Vermächtnißnehmer befriedigen muß. Die Consequenz erfordert es, daß man dabei die Legatare, soweit sie ihr Recht nicht blos gegen die Erbschaftsmasse geltend machen können, als Gläubiger des Erben betrachtet, welche zu dem Vermögen desselben mit den Erbschaftsgläubigern und anderen Gläubigern des Erben nach prioritätsmäßigen Grundsätzen concurriren. Vgl. die angef. Abhandl. von Fritz, welcher übrigens auch noch andere Fälle berücksichtigt.

2) L. 22. §. 4. C. *h. t.*

nicht in Betracht kommen, da hier von der Verpflichtung des Erben die Rede ist, die Vermächtnißnehmer aus seinem eignen Vermögen zu befriedigen, dies Recht aber nur auf Singularvermächtnißnehmer bezogen werden darf. — Indessen ist bei Bestimmung der Nachtheile, welche den deliberirenden Erben treffen, ganz allgemein gesagt, er habe, wenn er nicht inventire, das Recht auf den Abzug der Falcidia verwirkt [3]). Da nun das Röm. Recht unter diesem Ausdruck auch die dem Fiduciarerben gebührende Quarte begreift, da ferner dieser Nachtheil nicht an das Erbitten einer Deliberationsfrist, sondern an das Unterlassen der Inventarisirung geknüpft ist, und da endlich die Novelle an der Stelle, wo sie im Allgemeinen von dem Inventar, dessen Form und den Folgen einer Nichtbeachtung der gesetzlichen Vorschriften spricht, ganz ausausdrücklich auch der Universalfideicommisse erwähnt [4]): so sind die theoretischen Gründe gegen das Abzugsrecht der s. g. Trebellianischen Quart überwiegend [5]). In der Praxis befolgt man aber gewöhnlich die entgegengesetzte Ansicht [6]), wie selbst von dem hauptsächlichen Vertheidiger der richtigen Meinung (Vinnius) zugestanden wird. Eben dieser Schriftsteller vertheidigt die Ansicht, daß pflichttheilsberechtigte Notherben auch ihr Pflicht-

3) L. 22. §. 14. *eod.*

4) Nov. 1. c. 1.

5) S. Vinnius sel. jur. Quaest. Lib. II. c. 28. p. 559—563. Rumpff diss. cit. §. 29.

6) Gail observat. pract. Lib. II. obs. 138. Perez prael. in Cod. *h. t.* nr. 15. *Ulr.* Huber prael. jur. civ. T. I. Lib. II. Tit. XIX. §. 5. p. m. 222. Hertius diss. laud. S. II. §. 1—4.

theilsrecht gegen die Vermächtnißnehmer[7]) nicht geltend machen könnten[8]). Darin hat man ihm noch weniger beistimmen zu können geglaubt[9]), und dennoch ist diese Meinung leichter zu rechtfertigen, wie diejenige, nach welcher dem Fiduciarerben das Abzugsrecht abgesprochen wird. Zwar nicht aus dem Grunde, weil Justinian zu erkennen giebt, daß dem Erben überhaupt nicht zu trauen sei, welcher die Anfertigung eines Inventars vernachlässige[10]); denn aus einer solchen Präsumtion darf immer nicht mehr gefolgert werden, als der Gesetzgeber selbst daran geknüpft hat. Von keiner Bedeutung ist ferner, daß der Pflichttheil auch wohl als Falcidia in unseren Quellen bezeichnet wird[11]), indem dies nur dadurch veranlaßt ist, daß man die Größe der legitima portio nach der Falcidia bestimmte[12]). Dagegen darf man indessen auch nicht anführen, daß der Pflichttheil als eine Schuld des Erblassers betrachtet werde, die Vermächtnißnehmer aber den Gläubigern nachstehen müßten; denn, ist es einmal anerkannt, daß der Erbe die Vermächtnißnehmer vollständig und nöthigenfalls aus seinem eignen Vermögen befriedigen müsse, so kann er sich natürlich nicht darauf

7) Denn den Gläubigern müssen sie natürlich nachstehen; L. 8. §. 9. D. *de inoff. test.* (V. 2).

8) Sel. quaest. l. l. p. 563. sqq. S. auch Stryk caut. test. c. 22. membr. 2. §. 2.

9) S. die von Vinnius l. l. p. 563. angef. Schriftsteller auch Hert. l. l. S. II. §. 5.

10) Diesen Grund hebt Vinnius l. l. p. 564. ganz vorzüglich hervor.

11) L. 8. §. 14. D. *de inoff. test.*

12) S. Bd. 35. §. 1421. b. S. 236. fg. Not. 36. 37.

berufen, daß er etwas von dem Erblasser zu fordern habe. Der wahre Grund ist folgender: sein Pflichttheilsrecht kann der Notherbe nur geltend machen, wenn er nicht auf gehörige Weise honorirt oder ausgeschlossen ist. Mithin hat der Erblasser Notherbenrechte nicht verletzt, wenn er die Intestaterbfolge eintreten läßt (woneben denn wohl Vermächtnißanordnungen mittelst Intestatcodicille bestehen können), oder den Notherben einsetzt. Diesem liegt nunmehr die Beobachtung dessen ob, was das Gesetz von jedem Erben fordert. Die gesetzlichen Vorschriften über das Inventar und über die Folgen der Vernachlässigung desselben sind unabhängig von dem Notherbenrechte. Der Erbe kann sich darüber nicht beschweren, daß ihn Nachtheile treffen, die er hätte vermeiden können, wenn er das erfüllte, dessen Erfüllung in seiner Macht stand. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß der Pflichttheil nicht beschwert werden dürfe[13]); denn abgesehen davon, daß hier überall nicht die Rede ist von einer Beschwerde des Pflichttheils, sondern nur von der Verbindlichkeit, die Schulden und Vermächtnisse vollständig zu decken, — so bezieht sich jener Satz ja nur auf Beschwerden, die der Testirer dem Erben auferlegt, nicht auch auf gesetzliche Nachtheile[14]).

Soldaten sind von der Beobachtung der gesetzlichen

13) Auch diesen Grund haben die Gegner geltend gemacht.

14) Man kann übrigens für die hier vertheidigte Ansicht sich allenfalls noch auf ein argumentum a contrario berufen, nämlich darauf, daß es in dem Cap. 4. §. 1. der Novelle heißt: die Patrone seien von der Bestimmung des Gesetzes ausgenommen; sie sollten, auch wenn sie dem Gesetze keine Folge leisteten (oder: die testamentarischen Auflagen nicht erfüllten), doch ihren Pflichttheil behalten.

Vorschrift ausdrücklich ausgenommen. Von ihnen heißt es in der L. ult. §. 15. C. *h. t.* „milites, *etsi* propter simplicitatem *praesentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum in hereditate invenerint*". Dagegen heißt es in der Nov. 1. cap. 4. §. 2., es solle dies Gesetz für Alle gelten. Es wird nöthig seyn, die Stelle vollständig aufzunehmen. Sie lautet nach der Vulgata so: „Quia vero duplex est testamentorum modus, aut in scriptam delatus dispositionem, aut in non scriptam voluntatem: haec omnia obtinere similiter, et secundum aequam observationem, et in non scriptis testamentis et in omni ultima voluntate sancimus, et *in omni persona, sive privata, sive militari, sive sacerdotali, sive imperiali, sive alterius cujuslibet. Communem namque omnibus hominibus hanc legem ponimus*". Gewöhnlich versteht man diese Bestimmung so: da die Novelle nur bestimme, daß der nicht inventarisirende Erbe die Vermächtnißnehmer vollständig befriedigen müsse, so gelte dies zwar auch für Soldaten, wenn sie als Erben kein Inventar errichten, dagegen sei es in Ansehung der Erbschaftsgläubiger beim alten Recht geblieben, wobei denn das Inconsequente einer solchen Bestimmung zugegeben wird[15]. — Eine wunderliche Auslegung findet sich bei Schweppe: „Militärpersonen (heißt es hier) haben nicht nöthig, diese Formen zu beobachten, da sie, wenn sie ein Inventarium aufgenommen haben, nicht mehr, als die Erbschaft ausmacht, zu bezahlen brauchen; aber

15) Fritz in der angef. Note 9. v. Buchholtz a. a. O. S. 431. fg. Not. 6.

von der Aufstellung eines Inventars sind sie nicht, sondern blos von den dabei vorgeschriebenen Formen, befreit, wenn sie sicher antreten wollen"[16]. Weder in den Worten der L. ult. §. 15. C. *cit.* noch in der Nov. 1. findet sich etwas, wodurch diese Meinung auch nur entfernt gerechtfertigt erschiene. Schon die Stellung der ersten Bestimmung am Schlusse der Constitution ergiebt (was auch durch den Eingang derselben bestätigt wird), daß die hier über das besondere Recht der Soldaten sich findende Verordnung auf den Gesammtinhalt des Gesetzes gehe; aber es heißt ja auch ganz ausdrücklich, daß es einem Soldaten unschädlich seyn solle, wenn er „praesentis legis subtilitatem" nicht beobachte. Nur die höchste Interpretationswillkühr kann hier zu dem Resultate gelangen, daß darunter nur die Form des Inventars gemeint sei, im Uebrigen aber auch von einem Soldaten das beobachtet werden müsse, was das Gesetz vorschreibt. Für den Soldaten gilt also entschieden die Vorschrift der L. ult. C. nicht; ihm ist ausdrücklich das Recht erhalten, welches die Gordianische Constitution (s. das pr. L. ult. cit.) ihm gewährte, weshalb denn auch die in dem Gesetze über die Form des Inventars enthaltenen Bestimmungen auf ihn keine Anwendung leiden können. Betrachten wir hiernächst die Novelle, so enthält sie einige neue Bestimmungen über die Form des Inventars, aber wo findet sich gesagt, daß diese für Soldaten nicht gelten sollen. Diesen Sinn können die hier mitgetheilten Worte der Novelle unmöglich haben, sondern man muß sie entweder auf den ganzen Inhalt der Novelle beziehen, oder

16) Röm. Privatrecht (bearbeitet und fortgesetzt von Meyer) §. 848. Bd. V. S. 178. fg.

bemüht seyn, sie mit dem den Soldaten gegebenen Privilegium in Einklang zu bringen. Vielleicht könnte man die obigen Worte so erklären, daß sie sich blos auf die Frage beziehen: ob die Bestimmungen des Gesetzes auf alle und jede Testamente anwendbar seien? Der Gesetzgeber würde hiernach bestimmt haben: es möge das Testament ein schriftliches oder ein mündliches, der Urheber desselben Soldat, Priester oder Kaiser seyn, immer sei der Erbe an die Vorschriften des Gesetzes gebunden[17]). — Aber (wird man fragen) wie käme der Kaiser zu einer solchen Bestimmung, da sonst doch nur von den Verbindlichkeiten des Erben die Rede ist, nicht von den verschiedenen Arten der Testamente? Mit demselben Rechte kann man indessen fragen: woher die Erwähnung der mündlichen und schriftlichen Testamente? Denn dies läßt sich um nichts besser erklären, als wenn man annimmt, daß der Kaiser bei Erwähnung der Militärpersonen diese sich nicht als Erben, sondern als Testirer gedacht hatte? — Indessen kann man gerne zugeben, daß die Worte *et in omni persona* u. s. w. auf die Erben zu beziehen seien, ohne annehmen zu dürfen, der Kaiser habe das den Soldaten in der L. ult. C. *h. t.* ausdrücklich gegebene Privilegium aufzuheben oder auch nur zu beschränken beabsichtigt. Faßt man nämlich den Gesammtinhalt der Novelle ins Auge, so sind es hauptsächlich zwei Puncte, um welche derselbe sich dreht: erstlich, der Erbe soll von der Erbschaft ausgeschlossen, nicht aber seiner Verbindlichkeiten entlastet seyn, wenn er nicht binnen einem Jahre von der richterlichen Admonition angerechnet die ihm ge-

17) Diese Auslegung giebt, wenigstens als möglich, zu: Duarenus in comment. ad Tit. Dig. de militari test. cap. 7. in f. S. übrigens die folg. Note.

machten Auslagen erfüllt; **sodann**, der Abzug der Falcidischen Quart fällt weg, wenn der Erbe kein Inventar in der vorgeschriebenen Art errichtet, **aber auch wenn der Testirer ihn untersagt** (Cap. 2. §. 2). Ausser dem ersten Punct enthielt der hier durch den Druck hervorgehobene Satz die wichtigste Neuerung des Gesetzes, und diese Neuerung hatte der Kaiser nur vor Augen, wenn er bestimmte, es dürfe sich der Erbe auf sonstige persönliche Privilegien nicht berufen[18]). Vielleicht dachte er hierbei auch nur an den zuerst erwähnten Nachtheil, denn nur von diesem ist in dem vierten Capitel wieder die Rede[19]). Jedenfalls wird bei einer zweifelhaften gesetzlichen Disposition (und dafür ist doch gewiß die hier zur Frage stehende zu halten) die Auslegung vorzuziehen seyn, welche sich von dem bisherigen Recht am wenigsten entfernt.

Andere in dieser Hinsicht privilegirte Personen, ausser den Soldaten, giebt es nicht[20]). Zwar ist mittelbar für

18) In der Kürze findet sich diese Ansicht bei Cujacius exposit. Nov. 1. in f. — **Duaren** a. a. O. bezieht die Bestimmung auf den Verlust der Falcidia, welche auch für den Soldaten Statt finde, wenn er kein Inventar errichte.

19) Dies ist die Meinung von Balduinus Schol. in Novell. ad h. l. Schol. 5., Jurisprud. Rom. et Att. T. I. p. 1317.

20) Aeltere Juristen nannten hier auch wohl noch den Fiscus und die Kirchen, uneingedenk des Satzes, daß jura singularia nicht logisch ausdehnend zu erklären seien. Mit Recht verwarfen diese Privilegien daher auch schon Stryk caut. test. c. 22. membr. 2. §. 3. und Hertius l. l. S. I. §. 1. Ueber das Recht des Fiscus folgt das Nähere oben im Text.

den Fiscus dadurch gesorgt, daß ein demselben angefallenes (erbschaftliches oder sonstiges) Vermögen dem Fiscus nicht eher incorporirt werden soll, bis die dazu committirten Beamten sich von dem Bestande der **Activa** und **Passiva** eine genaue Kenntniß verschafft haben, wonächst das Güterverzeichniß Behufs der Erklärung über Annahme oder Nichtannahme dem Kaiser zu überweisen ist[21]). Allein erfolgt die Annahme, so ist der Fiscus der Schulden halber wie ein Erbe verpflichtet, und hat nur Schadensansprüche gegen die nachlässigen Beamten. Durch Errichtung eines Erbschaftsinventars kann allerdings der Fiscus (dem eine Erbschaft als **bonum vacans** oder sonst deferirt ist) sich die Rechte eines Benefizialerben verschaffen, allein die Unterlassung desselben verpflichtet ihn auch wie jeden anderen Erben und das zum Behuf der Incorporation aufgenommene Güterverzeichniß kann natürlich nicht als eigentliches Erbschaftsinventar betrachtet werden, da es nothwendig der Erklärung über die Annahme voraufgehen muß[22]).

Selbst Minderjährige haben in dieser Hinsicht kein Privilegium, sondern sind an das Rechtsmittel der Restitution oder eine Entschädigungsklage gegen ihre nachlässigen Vormünder verwiesen, wie dies auch ausdrücklich

21) L. 3. C. *de bonis vacantibus et de incorporatione* (X. 10. Vgl. L. 1. Th. Cod. *de incorporatione*. X. 9). L. 5. C. *eod.* (Vgl. L. 5. Th. Cod. *de bonis vacant.* X. 8.)

22) Vgl. hierüber: Glück Intestaterbfolge S. 772. fg. (d. 2. A.) v. Buchholtz jurist. Abhandl. Nr. IV. v. Schröter in der Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß Bd. X. S. 108—120. *C. A.* Schmidt de success. fisci in bona vacantia (Jen. 1836. 8). §. VIII. p. 47. sqq. §. X. p. 67. sqq.

anerkannt ist [23]). Ueberhaupt aber findet eine Restitution wider die in beiden Gesetzen angedroheten Nachtheile Statt, wenn eine justa restitutionis causa vorliegt. Dahin gehört denn auch ein unverschuldetes und unüberwindliches factisches Hinderniß; z. B. die zur Erbmasse gehörigen Sachen und Documente befinden sich in den Händen eines Dritten, ohne daß der Erbe dazu gelangen kann [24]), oder an einem wegen pestartiger Krankheiten, feindlicher Invasion u. dgl. m. unzugänglichem Orte [25]).

Eine durch keine rechtlich zureichende Gründe unterstützte Behauptung mancher Rechtslehrer ist die, daß es eines Inventars nicht bedürfe, wenn bekannt ist, aus welchen Gegenständen die Erbmasse besteht, und daß es darum in vielen Fällen ganz unnöthig sei, die Immobilien mit in das Inventarium aufzunehmen [26]). Das Gesetz hat einmal vorgeschrieben, daß ein vollständiges Güterverzeichniß aufzunehmen sei; positivrechtliche Bestimmungen dieser Art schließen von selbst Modificationen und Einschränkungen aus, wodurch ihre sichere Anwendung untergraben wird. Dagegen versteht sich von selbst, daß entschuldbare Unwissenheit hierbei eben so wohl, wie ein factisches Hinderniß zu berücksichtigen ist. — Eben so wenig, wie jene Behauptung, ist übrigens auch die zu billigen, daß geringe Fehler nicht in Betracht kommen, wenn keine Vermuthung eines Betrugs vorliegt [27]), und

23) Nov. 1. cap. 4. §. 1.

24) Mevii dec. P. VI. dec. 180. not. 5.

25) Leyser Sp. 333. m. 13. — Vgl. Struben rechtl. Bedenken Bd. III. Nr. 86.

26) Struben R. B. Bd. IV. Bed. 95. Nr. 2.

27) Voet ad Pand. *h. t.* §. 28. Auch diese Meinung wird von Struben am so eben angef. Orte Nr. 3, gebilligt.

zwar aus denselben Gründen, weshalb die erste verworfen werden mußte. Jedoch muß, wenn von den Erfordernissen eines zu Recht beständigen Inventars die Rede ist, zuvörderst darauf gesehen werden, was in dieser Hinsicht die localen Rechte und Gewohnheiten mit sich bringen, indem alle Bestimmungen des Röm. Rechts hierüber schwerlich irgendwo mehr zur Anwendung kommen (S. oben S. 362. a. E. u. S. 364).

Der Erbe soll übrigens selbst inventiren, oder durch von ihm beauftragte Personen das Inventar aufnehmen lassen; daß von Anderen dies geschehen ist (z. B. von einem öffentlichen Beamten ohne Veranlassung durch den Erben) hilft ihm nichts[28]). Doch lassen die Praktiker die Anfertigung eines rechtlich wirksamen Inventars durch einen unbeauftragten **negotiorum gestor** zu, wenn dieser für den Erben handelt[29]). Strenge genommen ist dies nicht richtig, soferne dadurch der Erbe die Rechte eines Benefizialerben erhalten soll, indem zwar in dem Auftrage zur Inventur schon eine Erbschaftsantretung liegt, durch einen Geschäftsführer aber die Erbschaft nicht angetreten werden kann[30]). Will man hier aber auch die Analogie der Agnition einer **Bonorum possessio** gelten lassen[31]), so müßte doch nach eben dieser Analogie die Ratihabition des Erben innerhalb der für die Vollendung des Inventars vorgeschriebenen Zeitfrist erfolgen[32]).

28) Struben R. B. Bd. IV. Bed. 95. Nr. 1.

29) Struben a. a. O.

30) L. 90. pr. D. *de acq. her.*

31) Denn diese konnte durch Stellvertreter erfolgen; L. 3. §. 7. D. *de Bon. poss.* (XXXVII. 1).

32) L. 24. pr. D. *ratam rem haberi* (XLVI. 8.) „Bo-

Auch verordnet Justinian: ein vom Testirer oder von einem Anderen angefertigtes Inventar, oder auch die im Testamente erfolgte Angabe des Massebestandes solle bindend seyn für die Erben, wenn der Testirer die Richtigkeit derselben beschwöre, oder auch im Testamente an Eides-Statt versichern, und nur den Gläubigern sei der Gegenbeweis dawider nachgelassen[33]). An die Vorschriften der L. ult. C. *h. t.* und der Nov. 1. hat der Kaiser schwerlich dabei gedacht; allein da die Erben ein solches Güterverzeichniß für richtig gelten lassen müssen, und ihnen doch die Möglichkeit nicht entzogen seyn kann, sich die Rechte eines Benefizialerben zu verschaffen, so muß eine Erbschaftsantretung unter Berufung auf das Inventar oder die Specification des Testirers, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Inventarisationsfrist erfolgt, für hinreichend geachtet werden, um jene Rechte dem Erben zu gewähren.

Daß das von einem Miterben angefertige Inventar dem anderen nicht die Rechte eines Benefizialerben verschaffe, wurde oben (S. 398 fg.) bereits bemerkt: Wie gestaltet sich hier aber das Verhältniß, wenn es zum jus accrescendi kommt? In den Quellen ist dies nicht entschieden, und eine genauere Erörterung der Prinzipien, von denen die Beantwortung dieser und anderer Fragen abhängt, kann erst an den geeigneten Orten gegeben werden[34]).

norum possessionum ab alio agnitam ratam haberi oportere eo tempore, quo adhuc in ea causa sit, ut peti possit“.

33) Nov. 48. §. 1.

34) S. Lib. XXIX. Tit. 2. in f. Lib. XXXV. Tit. 2. §. 1576.

Als Resultat einer consequenten Anwendung derselben dürfte sich aber folgendes herausstellen: — Denken wir uns zuerst den Fall, daß der Erbe ausscheidet, welcher kein Inventar errichtete. Erfolgt dies zu einer Zeit, wo noch keinerlei Nachtheil verwirkt war, so kann das jus accrescendi, hinsichtlich der Gläubiger wie der Vermächtnißnehmer, auch nur die gewöhnlichen Wirkungen äussern. Z. B. der nicht inventarisirende Miterbe stirbt oder schlägt aus, ohne eine Deliberationsfrist erbeten zu haben. Da das Inventar sich nicht auf eine Erbschaftsquote beschränken darf, so versteht sich ganz von selbst, daß der inventarisirende Erbe die Rechte eines Benefizialerben für die ganze Erbschaft in Anspruch nehmen kann. Allein aus gleichem Grunde muß dies auch alsdann gelten, wenn wider den ausscheidenden Erben bereits Nachtheile verwirkt waren, also wenn dieser sich eine Deliberationsfrist hatte geben lassen. Gläubiger und Vermächtnißnehmer (diese nur für den Fall, wenn der deliberirende Erbe kein Inventar errichtete) erhalten dadurch nur Rechte an dem eignen Vermögen des Erben, welche sie gegen dessen Erben geltend machen können, nicht aber gegen den Miterben, welcher ja jenem nicht succedirt, sondern seinem Erblasser; auf ihn geht das Gesammtvermögen jetzt so über, als wenn er gleich Anfangs mit Niemanden concurrirt hätte. — Setzen wir umgekehrt den Fall, daß der inventarisirende Erbe ausscheidet. Aber wie läßt sich dies denken? Eigentlich nicht anders, als wenn ein berufener Erbe zwar inventirt, aber ohne dadurch die Erbschaft angenommen zu haben (z. B. wenn der Deliberant ein Inventar errichtet); in der Regel liegt aber in der Errichtung des Inventars eine Erbschaftsübernahme, und dagegen ist nur Restitution möglich. Ob diese aber über-

haupt ertheilt werden könne, da das Inventar den Erben gegen Nachtheile sichert, mithin eine eigentliche Läsion nicht vorhanden ist? möchte sehr zweifelhaft seyn. Indeß kann dies hier ganz auf sich beruhen bleiben. Nehmen wir an (wie dies ja auch von Manchen behauptet wird), der inventarisirende Erbe könne so gut, wie jeder andere zur Erbschaft berufene, noch ausschlagen, — stellen wir also die Frage ganz allgemein so: gehen die Rechte dessen, welcher ein Inventar errichtete, auf den nicht inventarisirenden Erben über? so muß man diese Frage verneinen. Das **jus accrescendi** wirkt mit Rechtsnothwendigkeit und **ipso jure**[35]), und die Gläubiger haben dasselbe Recht wider den Erben, auf welchen **jure accrescendi** das Ganze gekommen ist, wie wenn er **heres ex asse** wäre. Er durfte das Inventar nicht auf seine Erbquote beschränken, deshalb kann hier auch nichts darauf ankommen, daß die Erbschaft nur zu einem Theile deferirt war. Zwar hinsichtlich der Legatarien findet eine Trennung der einzelnen Erbquoten Statt, wenn ein Miterbe ausscheidet[36]); dies setzt aber nothwendig voraus, daß ein Erbe überhaupt das Recht des Abzugs habe, welches ja dem nicht inventarisirenden Erben ganz entzogen ist. Das einem Miterben zustehende Recht, wenn sein Miterbe gegen den Erwerb restituirt wird, nach seiner Willkühr entweder das Ganze anzunehmen, oder auch seinen Theil wieder aufzugeben[37]), kann übrigens wohl dem Erben, welcher kein Inventar errichtet, nicht

35) L. un. §. 10. C. *de cad. toll.* (VI. 51).

36) L. 78. D. *ad Leg. Falcid.* (XXXV. 2). Mein Lehrb. der Pand. Bd. III. §. 758. Nr. 3.

37) L. 55. L. 61. D. *de acquir. her.*

entzogen werden. Zwar hat er durch Nichterrichtung des Inventars sich den Gläubigern u. s. w. verbindlich gemacht hat, und so möchte es denn scheinen, daß er sich von dieser Verbindlichkeit nicht einseitig wieder lossagen dürfe. Indessen so gut dies für jeden Erben möglich ist, — welcher ja durch Uebernahme der Erbschaft sich ebenfalls Gläubigern und Vermächtnißnehmern verpflichtet, eben so gut muß es auch in unserem Falle dem Erben zugestanden werden. Justinians Bestimmungen über die Nachtheile der unterlassenen Inventarisirung sind hart genug, wir dürfen sie nicht durch Auslegung noch schärfen. Jenes Wahlrecht enthält eine Inconsequenz und entzieht Gläubigern u. s. w. wohl erworbene Rechte; aber diese Inconsequenz erscheint durch überwiegende Billigkeit vollkommen gerechtfertigt. Dies tritt in einem noch höheren Grade hervor, wenn man es mit dem Inhalt der Justinianischen Gesetze über die Nachtheile des Inventars in Verbindung bringt. Man denke z. B. der eine Miterbe ist nur auf einen ganz kleinen Theil eingesetzt, und entschließt sich zur Antretung ohne Inventar, weil er eben kein großes Risiko bei der Sache sieht, zumal der zum größeren Theil eingesetzte Miterbe die Erbschaft bereits angenommen hat. Jetzt läßt dieser sich restituiren; es ergiebt sich Insolvenz und ausserdem ist die anwachsende Portion mit Vermächtnissen überschwert. Wie unbillig würde es nicht seyn, in einem solchen Falle dem Erben eine den Miterben ganz allgemein zugestandene Rechtswohlthat entziehen zu wollen; auch enthalten Justinians Gesetze wahrlich nichts, was eine solche Strenge rechtfertigen könnte. Aber die Befugniß, nunmehr noch ein Inventarium zu errichten und sich dadurch die bereits verwirkten Rechte eines Benefizialerben zu verschaffen, würde

freilich der Erbe nicht in Anspruch nehmen dürfen: nur die Wahl bleibt ihm, die Erbschaft vollständig anzunehmen (nach dem Recht, welches einmal durch Unterlassung der Inventur für ihn begründet ist) oder sie auszuschlagen[38]). In dem letzteren Falle ist er denn natürlich auch zur Herausgabe nach dem Würderungseid der Interessenten verbunden, soferne bereits Erbschaftssachen von ihm in Besitz genommen sind[39]).

Daß der Universalfideicommissar nicht nöthig habe ein Inventar zu errichten, um nur bis zum Betrag der ihm restituirten Masse für die Schulden zu haften oder den Singularvermächtnißnehmern die Quarte abzuziehen[40]), sondern ihm in dieser Hinsicht das Inventar des Fiduciarerben zu Gute komme, ist zwar nicht unbestritten, darf aber sicher behauptet werden[41]). Denn daß die erbschaftlichen Klagen, soweit ihm die Erbschaft abgetreten ist (also vollständig, wenn sie ihm ganz restituirt wurde) ihm und wider ihn gegeben werden[42]), stellt ihn keineswegs zu dem Fiduciar in das Verhältniß eines eigentlichen Miterben; die Qualität eines wahren heres (des s. g. directen Erben) bleibt nichts destoweniger bei dem Fiduciar,

38) Vgl. *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XVIII. c. 44. §. 9—12.

39) arg. L. 22. §. 14. C. *h. t.*

40) Wir müssen hier übrigens die Streitfrage, ob und inwieferne der Universalfideicommissar überhaupt Vermächtnisse, womit die Erbschaft belastet ist, zu entrichten habe? (s. meine Pandekten §. 763. Not. 15) auf sich beruhen lassen.

41) S. Voet ad Pand. *h. t.* §. 26.

42) §. 7. J. *de fideic. heredit.*

und wenn man auch dies bezweifeln wollte[43]), so wird man doch nicht in Abrede stellen, daß derselbe bis zur Restitution (die ja oftmals erst lange nach dem Erbschaftserwerbe erfolgt) allein berechtigt ist, sich als Erben zu geriren. — Eine andere Frage ist: ob er, wenn der Fiduciar kein Inventar errichtet hat, ein solches anfertigen dürfe, um sich die Rechte eines Benefizialerben zu verschaffen? Erwägt man, daß die Gesetze immer nur von dem heres sprechen, wenn von dem Inventar und dessen Wirkungen die Rede ist, und daß der gesetzliche Zweck in mancher Hinsicht nur unvollständig, oder oft gar nicht erreicht werden würde, wollte man den Fideicommißerben als neu eintretenden Erben behandeln: so wird man keinen Anstand nehmen, die Frage zu verneinen. Zwar ist nicht zu läugnen, daß auf diese Weise die Lage des Fideicommissars durch die Schuld des eigentlichen Erben leicht schlechter werden kann, wie sie seyn würde, wenn er der Erbe wäre, weil er nunmehr die Schulden nach Verhältniß des auf ihn gekommenen Erbtheils ohne Milderung bezahlen muß. Indessen steht es ja immer bei ihm, ob er die Erbschaft annehmen will, oder nicht, und Niemand wird ihm das Recht absprechen, sich über die Räthlichkeit der Annahme gehörig zu instruiren. Auch werden in solchen Fällen, wo der eigentliche Erbe zur Antretung gezwungen oder diese in contumaciam als geschehen angenommen wird[44]), mithin Alles an ihn kommt, die Gläubiger, welche sich alsdann auch nur an ihn allein halten dürfen, mit ihm

43) Auch dies kann hier noch nicht erörtert werden. Einstweilen s. m. die dafür in meinem Lehrb. der Pand. §. 763. beigebrachten Gründe und Belege.

44) L. 7. §. 1. C. *ad Senatusconsult. Trebell.* (VI. 49).

eben so gerne eine Vereinbarung treffen, welche ihn sicher stellt, wie mit jedem Erben, der auszuschlagen geneigt ist[45]).

Erläßt der Testirer dem Erben die Errichtung eines Inventars, so müssen Diejenigen sich dies gefallen lassen, welchen derselbe ohne Rechtsverbindlichkeit etwas zugewendet hat, wogegen Gläubiger, falls ihnen keine vollständige Befriedigung geboten wird, und pflichttheilsberechtigte Notherben nichts destoweniger verlangen können von der Beschaffenheit der Erbschaft durch ein gehörig beglaubigtes Inventar in Kenntniß gesetzt zu werden[46]). Auch kann in einem solchen Falle der Erbe durch Errichtung eines Inventars sich das Recht eines Benefizialerben verschaffen. Wie aber, wenn er dem Erben ein Inventar zu errichten verbietet? Der Erbe selbst ist an ein solches Verbot, zu welchem der Testirer durch gute Gründe bestimmt seyn kann[47]), allerdings gebunden und ihm bleibt daher nur der vor Justinians Constitution (L. ult. C. *h. t.*) gebräuchliche Weg übrig, sich mit dem Bestande der Erbschaft bekannt zu machen und darnach seinen Entschluß zu bestimmen, ob es gerathener sei, die Erbschaft abzulehnen oder pure anzutreten. So-

45) Die hier dargestellte Ansicht vertheidigt auch *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XVIII. c. 44. §. 13—24.

46) Wernher observ. P. I. obs. 17. P. III. obs. 96. Leyser Sp. 364. m. 1—3. Rumpff Diss. cit. §. 31. *F. H.* Schröder Diss. de inventarii confectione, ei cui omnium bonorum ususfructus relictus est inutiliter remissa (Rost. 1810. 4.). §. 4—6.

47) L. 2. C. *de aliment. pup. praest.* (V. 50.) — „ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur“.

weil dritte Personen dabei rechtlich betheiligt sind, bindet sie natürlich auch ein Verbot des Testirers nicht, und nur insofern muß sein Wille geschont werden, als für das Inventar eine Form zu wählen ist, welche mit möglichster Vermeidung der Publicität die Betheiligten sicher stellt[48]). Aber auch denjenigen, welche alles durch den freien Willen des Testirers haben, mithin sich dessen Anordnungen fügen müssen, kann die Befugniß nicht entzogen seyn, wegen betrüglicher Verheimlichungen und Unterschlagungen des Erben denselben zur gerichtlichen Verantwortung zu ziehen; denn, wenn auch angenommen werden darf, daß der Testirer durch seine Anordnung den Erben besonders begünstigen wollte, so ist ihm deshalb doch kein Dolus gestattet, was überhaupt nicht geschehen kann[49]). — Hiermit ist übrigens die Frage nicht zu verwechseln: ob der Erbe durch Verübung eines solchen Dolus das Recht eines Benefizialerben verwirkt habe? Dafür scheint zu sprechen, daß der Kaiser dem inventarisirenden Erben die Beobachtung der Redlichkeit zur besondern Pflicht macht und sogar eine eigenhändige Versichrung des Erben hierüber erfordert[50]). Allein nur dies gehört zur Form; ersteres versteht sich eigentlich ganz von selbst und die Nichtbeobachtung dieser Verbindlichkeit kann zwar besondere Ansprüche wider den Erben begründen, nicht aber demselben Rechte entziehen, welche das

48) Vinnius sel. jur. quaest. Lib. II. c. 16. p. 417. sqq.

49) arg. L. 23. D. *de reg. jur.* — S. auch Hellfeld am Schluß dieses §.

50) L. 22. §. 2. C. *h. t.* — — — „significantem — — — —, quod nulla malignitate res apud eum remaneant —“.

Gesetz lediglich davon knüpft, daß ein Inventar in gehöriger Form und binnen einer bestimmten Frist über die Erbschaft aufgenommen wird. Hier aber kommt noch hinzu, daß der Gesetzgeber für dolose Unterschlagung oder Verheimlichung eine besondere Strafe — die poena dupli — angeordnet hat[51]; bei dieser gesetzlichen Strafbestimmung muß es daher auch sein Bewenden behalten[52]).

§. 1472.

Von eidlicher Privatspecification.

Nach dem älteren deutschen Recht wurden in der Regel die Immobilien schuldenfrei vererbt und auch von der fahrenden Habe durfte der Erbe die Schulden nur bezahlen, soweit die Masse reichte, so daß mithin das altgermanische Recht ein wahres Repräsentativverhältniß des Erben, in Folge dessen derselbe für die Schulden mit seinem Vermögen haftet, überall nicht kennt[53]). Dies Recht ist denn auch noch in dem Sachsenspiegel anerkannt[54]) und daher der Grundsatz des heutigen Sächsischen Rechts entstanden, daß der Erbe in der Regel nie über die Kräfte der Erbschaft verpflichtet wird[55]). In dem übrigen Deutschland ist dagegen das Prinzip des ge-

51) L. 22. §. 10. *eod.*

52) S. Merenda controv. jur. Lib. XVIII. c. 42.

53) S. Bd. 38. d. Comment. S. 4. fgg. und die daselbst in den Noten angeführten Belege und Schriften.

54) Sachsenspiegel Buch I. Art. 6.

55) Haubold Lehrb. des Königl. Sächs. Privatr. §. 348. Nr. 1. u. Not. a.

meinen Rechts angenommen, wohl aber häufig ein anderer Satz des Sächsischen Rechtes vertheidigt, der nämlich, daß eine vom Erben angefertigte Privatspecification des Nachlasses, wenn sie eidlich bestärkt wird, die Wirkung eines förmlichen Inventars habe und dem Erben alle Rechte eines Beneficialerben gewähre [56]). Doch streitet auch in diesem Punct die Vermuthung für die Geltung des gemeinen Rechtes, so daß also, wenn nicht durch Gesetze oder Gewohnheiten das Gegentheil anerkannt ist, nur ein förmliches Inventar jene Wirkung haben kann [57]). Die eidliche Versicherung, daß der Erbe nichts vorgefunden habe, kann nur zugelassen werden, wenn feststeht, daß er sich beim Tode des Erblassers nicht im Sterbehause befand (denn irgend etwas muß er alsdann vorgefunden haben) und wenn er gleich nach dem Beginn seiner Untersuchung über den Massebestand eine Anzeige davon macht, daß er nichts vorgefunden habe [58]). Ob ein bloßer Glaubenseid für zulässig zu achten sei, hängt ebenfalls von der Sachlage ab; dem Erben des Erben aber kann in der Regel nur ein solcher Eid angesonnen werden [59]). Wo übrigens die Zulässigkeit einer jurata specificatio Statt des förmlichen Inventars einmal angenommen ist, da müssen ihr auch alle Wirkungen eines solchen zugestanden werden; die bisweilen behaup-

56) Wernher obs. P. II. obs. 440. Leyser med. ad Pand. Sp. 365.

57) Weber Erläut. der Pand. nach Hellfeld. Bd. II. §. 1472. Hartitzsch Erbrecht §. 209. Not. e.

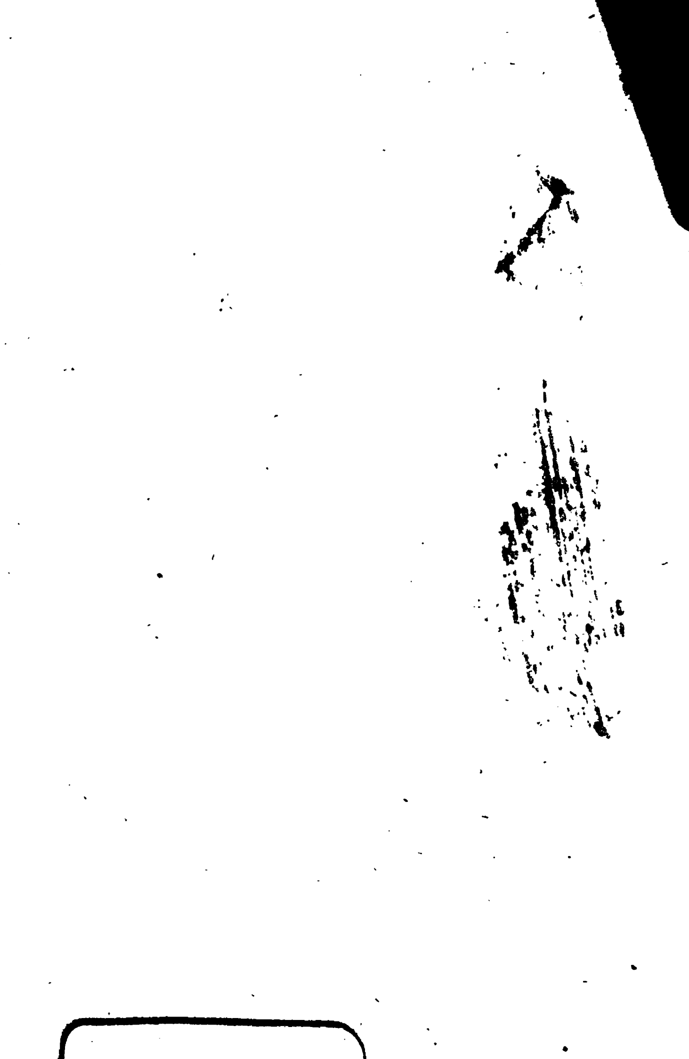
58) Vgl. Leyser l. l. m. 2. u. Wernher lectiss. comment. T. II. p. 686. sq. §. 10.

59) Vgl. Leyser l. l. m. 3—5. u. Hellfeld in f. huj. §.

tute Beschränkung, daß sie nur gegen Miterben, nicht aber gegen Gläubiger und Vermächtnißnehmer die Stelle des Inventars ersetze [60]), kann nur zugegeben werden, wenn auch dafür Gesetz oder Gewohnheit sich entschieden haben. Von selbst versteht sich aber, daß den Betheiligten gegen die beschworne Specification ein rechtlicher Gegenbeweis, so wie das wegen doloser Unterschlagungen ihnen eingeräumte Recht eben sowohl zusteht, wie gegen ein förmliches Inventar [61]).

60) Pufendorf obs. T. II. obs. 101. §. 2., welchem Struben R. B. Bd. III. Nr. 86. beistimmt.

61) S. mein Lehrb. §. 708. Not. 8.



eben so gerne eine Vereinbarung treffen, welche ihn sicher stellt, wie mit jedem Erben, der auszuschlagen geneigt ist[45]).

Erläßt der Testirer dem Erben die Errichtung eines Inventars, so müssen Diejenigen sich dies gefallen lassen, welchen derselbe ohne Rechtsverbindlichkeit etwas zugewendet hat, wogegen Gläubiger, falls ihnen keine vollständige Befriedigung geboten wird, und pflichttheilsberechtigte Notherben nichts destoweniger verlangen können, von der Beschaffenheit der Erbschaft durch ein gehörig beglaubigtes Inventar in Kenntniß gesetzt zu werden[46]). Auch kann in einem solchen Falle der Erbe durch Errichtung eines Inventars sich das Recht eines Benefizialerben verschaffen. Wie aber, wenn er dem Erben ein Inventar zu errichten verbietet? Der Erbe selbst ist an ein solches Verbot, zu welchem der Testirer durch gute Gründe bestimmt seyn kann[47]), allerdings gebunden und ihm bleibt daher nur der vor Justinians Constitution (*L. ult. C. h. t.*) gebräuchliche Weg übrig, sich mit dem Bestande der Erbschaft bekannt zu machen und darnach seinen Entschluß zu bestimmen, ob es gerathener sei, die Erbschaft abzulehnen oder pure anzutreten. So-

45) Die hier dargestellte Ansicht vertheidigt auch *Ant.* Merenda controv. jur. Lib. XVIII. c. 44. §. 13—24.

46) Wernher observ. P. I. obs. 17. P. III. obs. 96. Leyser Sp. 364. m. 1—3. Rumpff Diss. cit. §. 31. *F. H.* Schröder Diss. de inventarii confectione, ei cui omnium bonorum ususfructus relictus est inutiliter remissa (Rost. 1810. 4.). § 4—6.

47) L. 2. C. *de aliment. pup. praest.* (V. 50.) — „ne secreta patrimonii et suspectum aes alienum pandatur“.

weit dritte Personen dabei rechtlich betheiligt sind, bindet sie natürlich auch ein Verbot des Testirers nicht, und nur insofern muß sein Wille geschont werden, als für das Inventar eine Form zu wählen ist, welche mit möglichster Vermeidung der Publicität die Betheiligten sicher stellt[48]). Aber auch denjenigen, welche alles durch den freien Willen des Testirers haben, mithin sich dessen Anordnungen fügen müssen, kann die Befugniß nicht entzogen seyn, wegen betrüglicher Verheimlichungen und Unterschlagungen des Erben denselben zur gerichtlichen Verantwortung zu ziehen; denn, wenn auch angenommen werden darf, daß der Testirer durch seine Anordnung den Erben besonders begünstigen wollte, so ist ihm deshalb doch kein Dolus gestattet, was überhaupt nicht geschehen kann[49]). — Hiermit ist übrigens die Frage nicht zu verwechseln: ob der Erbe durch Verübung eines solchen Dolus das Recht eines Benefizialerben verwirkt habe? Dafür scheint zu sprechen, daß der Kaiser dem inventarisirenden Erben die Beobachtung der Redlichkeit zur besondern Pflicht macht und sogar eine eigenhändige Versichrung des Erben hierüber erfordert[50]). Allein nur dies gehört zur Form; ersteres versteht sich eigentlich ganz von selbst und die Nichtbeobachtung dieser Verbindlichkeit kann zwar besondere Ansprüche wider den Erben begründen, nicht aber demselben Rechte entziehen, welche das

48) Vinnius sel. jur. quaest. Lib. II. c. 16. p. 417. sqq.

49) arg. L. 23. D. *de reg. jur.* — S. auch Hellfeld am Schluß dieses §.

50) L. 22. §. 2. C. *h. t.* — — — „significantem — — — —, quod nulla malignitate res apud eum remaneant —“.

Gesetz lediglich davon knüpft, daß ein Inventar in gehöriger Form und binnen einer bestimmten Frist über die Erbschaft aufgenommen wird. Hier aber kommt noch hinzu, daß der Gesetzgeber für dolose Unterschlagung oder Verheimlichung eine besondere Strafe — die poena dupli — angeordnet hat [51]; bei dieser gesetzlichen Strafbestimmung muß es daher auch sein Bewenden behalten [52]).

§. 1472.

Von eidlicher Privatspecification.

Nach dem älteren deutschen Recht wurden in der Regel die Immobilien schuldenfrei vererbt und auch von der fahrenden Habe durfte der Erbe die Schulden nur bezahlen, soweit die Masse reichte, so daß mithin das altgermanische Recht ein wahres Repräsentativverhältniß des Erben, in Folge dessen derselbe für die Schulden mit seinem Vermögen haftet, überall nicht kennt [53]). Dies Recht ist denn auch noch in dem Sachsenspiegel anerkannt [54]) und daher der Grundsatz des heutigen Sächsischen Rechts entstanden, daß der Erbe in der Regel nie über die Kräfte der Erbschaft verpflichtet wird [55]). In dem übrigen Deutschland ist dagegen das Prinzip des ge-

51) L. 22. §. 10. *eod.*

52) S. Merenda controv. jur. Lib. XVIII. c. 42.

53) S. Bd. 38. d. Comment. S. 4. fgg. und die daselbst in den Noten angeführten Belege und Schriften.

54) Sachsenspiegel Buch I. Art. 6.

55) Haubold Lehrb. des Königl. Sächs. Privatr. §. 348. Nr. 1. u. Not. a.

meinen Rechts angenommen, wohl aber häufig ein anderer Satz des Sächsischen Rechtes vertheidigt, der nämlich, daß eine vom Erben angefertigte Privatspecification des Nachlasses, wenn sie eidlich bestärkt wird, die Wirkung eines förmlichen Inventars habe und dem Erben alle Rechte eines Beneficialerben gewähre [56]). Doch streitet auch in diesem Punct die Vermuthung für die Geltung des gemeinen Rechts, so daß also, wenn nicht durch Gesetze oder Gewohnheiten das Gegentheil anerkannt ist, nur ein förmliches Inventar jene Wirkung haben kann [57]). Die eidliche Versicherung, daß der Erbe nichts vorgefunden habe, kann nur zugelassen werden, wenn feststeht, daß er sich beim Tode des Erblassers nicht im Sterbehause befand (denn irgend etwas muß er alsdann vorgefunden haben) und wenn er gleich nach dem Beginn seiner Untersuchung über den Massebestand eine Anzeige davon macht, daß er nichts vorgefunden habe [58]). Ob ein bloßer Glaubenseid für zulässig zu achten sei, hängt ebenfalls von der Sachlage ab; dem Erben des Erben aber kann in der Regel nur ein solcher Eid angesonnen werden [59]). Wo übrigens die Zulässigkeit einer jurata specificatio Statt des förmlichen Inventars einmal angenommen ist, da müssen ihr auch alle Wirkungen eines solchen zugestanden werden; die bisweilen behaup-

56) Wernher obs. P. II. obs. 440. Leyser med. ad Pand. Sp. 365.

57) Weber Erläut. der Pand. nach Hellfeld. Bd. II. §. 1472. Hartitzsch Erbrecht §. 209. Not. e.

58) Vgl. Leyser l. l. m. 2. u. Wernher lectiss. comment. T. II. p. 686. sq. §. 10.

59) Vgl. Leyser l. l. m. 3 — 5. u. Hellfeld in f. huj. §.

tete Beschränkung, daß sie, nur gegen Miterben, nicht aber gegen Gläubiger und Vermächtnißnehmer die Stelle des Inventars ersetze [60]), kann nur zugegeben werden, wenn auch dafür Gesetz oder Gewohnheit sich entschieden haben. Von selbst versteht sich aber, daß den Betheiligten gegen die beschworne Specification ein rechtlicher Gegenbeweis, so wie das wegen doloser Unterschlagungen ihnen eingeräumte Recht eben sowohl zusteht, wie gegen ein förmliches Inventar [61]).

60) Pufendorf obs. T. II. obs. 101. §. 2., welchem Struben R. B. Bd. III. Nr. 86. beistimmt.

61) S. mein Lehrb. §. 708. Not. 8.



